MARIA BERENICE DIAS

MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

DE ACORDO COM O NOVO CPC

11.ª edição revista, atualizada e ampliada

DE ACORDO COM:

- Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16/03/2015
- Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146, de 06/07/2015
- Lei da Mediação – Lei 13.140, de 26/06/2015
- Lei 13.112, de 30/03/2015
- Lei 13.135, de 17/06/2015
- Resolução 2.121 do Conselho Federal de Medicina, de 16/07/2015

THOMSON REUTERS ProView
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DO LIVRO

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

MARIA BERENICE DIAS

MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

DE ACORDO COM O NOVO CPC

4. ed. em e-book baseada na 11. ed. impressa

DE ACORDO COM:

- Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16/03/2015
- Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146, de 06/07/2015
- Lei da Mediação – Lei 13.140, de 26/06/2015
- Lei 13.112, de 30/03/2015
- Lei 13.135, de 17/06/2015
- Resolução 2.121 do Conselho Federal de Medicina, de 16/07/2015

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

MARIA BERENICE DIAS

É gaúcha, nascida em Santiago.Decidida a seguir a carreira de seu pai e de seu avô, precisou empreender uma verdadeira cruzada até se tornar a primeira mulher a ingressar na Magistratura do Rio Grande do Sul. Também foi a primeira Desembargadora do Estado.

Dedicou toda sua carreira a questionar leis e decisões, jamais aceitando qualquer tipo de discriminação com relação à mulher e aos segmentos vulneráveis. Para isso, ingressou no movimento feminista. Criou o Jornal Mulher, que chegou à 48.ª edição, e o JusMulher, trabalho voluntário de atendimento jurídico e psicológico às vítimas de violência doméstica. Participou dos debates quando da elaboração da Lei Maria da Penha.

Com a aposentadoria, passou a advogar nas áreas de Direito das Famílias, das Sucessões e Direito Homoafetivo. Desenvolve um projeto pioneiro: intervenção conciliatória, em que presta assessoria às partes e a seus advogados na busca de uma solução extrajudicial dos conflitos.

É Mestre e Pós-graduada em Processo Civil pelaPontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Foi uma das fundadoras e é Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB criou mais de 160 Comissões no âmbito das Seccionais e Subseções da OAB em todo o país.

Coordenou a Comissão Científica que elaborou o Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e lidera o movimento que está

colhendo assinaturas para apresentá-lo ao Congresso Nacional por iniciativa popular.

Parente e família

Sempre me emociono quando reparo o quanto filhos adotivos passam a se parecer com os seus responsáveis. Ninguém diz que foram adotados: o mesmo olhar, o mesmo andar, a mesma forma de soletrar a respiração. Há um DNA da ternura mais intenso do que o próprio DNA. Os traços mudam conforme o amor a uma voz ou de acordo com o aconchego de um abraço.

Não subestimo a força da convivência. Família é feita de presença mais do que de registro. Há pais ausentes que nunca serão pais, há padrastos atentos que sempre serão pais.

Não existem pai e mãe por decreto, representam conquistas sucessivas. Não existem pai e mãe vitalícios. A paternidade e a maternidade significam favoritismo, só que não se ganha uma partida por antecipação. É preciso jogar dia por dia, rodada por rodada. Já perdi os meus filhos por distração, já os reconquistei por insistência e esforço.

Família é uma coisa, ser parente é outra. Identifico uma diferença fundamental. Amigos podem ser mais irmãos do que os irmãos ou mais mães do que as mães.

Família vem de laços espirituais; parente se caracteriza por laços sanguíneos. As pessoas que mais amo no decorrer da minha existência formarão a minha família, mesmo que não tenham nada a ver com o meu sobrenome.

Família é chegada, não origem. Família se descobre na velhice, não no berço. Família é afinidade, não determinação biológica. Família é quem ficou ao lado nas dificuldades enquanto a maioria desapareceu. Família é uma turma de sobreviventes, de eleitos, que enfrentam o mundo em nossa trincheira e jamais mudam de lado.

Já parentes são fatalidades, um lance de sorte ou azar. Nascemos tão somente ao lado deles, que têm a chance natural de se tornarem família, mas nem todos aproveitam.

Árvore genealógica é o início do ciclo, jamais o seu apogeu. Importante também pousar, frequentar os galhos, cuidar das folhagens, abastecer as raízes: trabalho feito pelas aves genealógicas de nossas vidas, os nossos verdadeiros familiares e cúmplices de segredos e desafios.

Dividir o teto não garante proximidade, o que assegura a afeição é dividir o destino.

Fabrício Carpinejar

Caríssimo leitor

Eu sei, um livro não começa por uma carta.

Ainda mais em se tratando de uma obra jurídica.

Até parece que conversar com o leitor retira um pouco da seriedade do trabalho.

Talvez por isso, a cada nova edição, prometo a mim mesma excluir este espaço de diálogo.

Mas recebo tantas manifestações de quem me lê, dizendo que se sente próximo a mim, que não consigo.

E não tem jeito, este é o meu jeito.

Todo mundo diz - e é a pura verdade - que na vida deve-se ter um filho, plantar uma árvore e escrever um livro.

Filhos, tenho três, maravilhosos: César, Suzana e Denise, e que já estão rendendo frutos, com a chegada do Felipe.

Árvores, já plantei tantas, que sombra tenho assegurada. Assim, cumprindo a tradição, cabe dizer, afinal, a que vem este que resolvi intitular de *Manual de Direito das Famílias.*

Foi nos idos de 2005, quando ainda era magistrada e presidia a 7.ª Câmara de Direito de Família do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O volume de trabalho era tanto, que relutei em acatar a sugestão de escrever um livro sobre o tema que sempre me cativou: os vínculos afetivos e seus reflexos no direito.

Queria, já no título, evidenciar o desejo de abordar a família dentro de uma concepção atual, por isso preferi falar em *famílias*, daí: Direito das Famílias.

Foi algo tão estranho que o meu editor achou que eu havia cometido um erro de digitação e me ligou todo constrangido.

Claro que fui muito criticada, mas, a expressão se popularizou e vários autores assim começaram a se referir a este ramo do Direito. Magistrados passaram a identificar sua Vara como Vara das Famílias e alguns Cursos de Direito já assim nominam a disciplina como Direito das Famílias. Afinal, a família é mesmo plural.

Mas o título tem outra peculiaridade.

A expressão manual traz consigo cheiro de peça de museu.

Parece não combinar comigo, pois, afinal, tenho a mania de inventar nomes novos.

Mas manual também significa manusear, portar nas mãos, o que faz com que comece a ter um significado mais simpático. Aquilo que é feito com as mãos tem um pouco de quem faz. Fazer com as mãos é dar muito de si.

Trabalhos manuais têm o valor da criatividade e o sabor de tudo ser elaborado com cuidado. Assim, o que se faz com as mãos tem um componente de afeto.

Por essa razão, acabei acatando não só a ideia de escrever um livro sobre as famílias, como também resolvi chamá-lo de manual.

Por tudo isso, este não é um manual no sentido convencional do termo, mas foi feito com muito carinho.

Procurei trazer minha experiência de muitos anos no exercício da magistratura e as inquietações da carreira na advocacia.

Que todos o recebam de minhas mãos com um gesto de afetividade.

Sintam-se acarinhados ao manuseá-lo.

Berenice

Apresentação

Lá se vão vários anos da primeira edição, que data de 2005.

A sucessividade das edições justifica-se em face das constantes mudanças legais e dos avanços doutrinários que acabam repercutindo em sede jurisprudencial.

Mas somente quando as alterações são significativas é que faço uma nova publicação. Por isso não lanço uma nova edição a cada ano, como muitos me questionam. Prefiro que sejam feitas novas tiragens.

Nova edição significa novidades, atualizações e uma releitura de toda a obra. Assim, muitas vezes os leitores podem se defrontar com mudanças de posicionamentos e de opinião. É que estou sempre questionando, até o que eu penso. É necessário ter humildade de reconhecer equívocos. É o que chamo de amadurecimento.

Apesar de esta ser a sua 11.ª edição, ainda assim, são indispensáveis algumas palavras sobre como surgiu a ideia - ou melhor, o desafio - de escrever um Manual de direito das famílias.

Confesso que eu mesmo questionei o porquê alguém se debruça durante meses sobre um computador, cerca-se de inúmeros livros, pesquisa em várias fontes, garimpa a jurisprudência. Lá se vão horas de sono e de descanso. E, é claro, abre-se mão de inúmeros espaços de lazer, do convívio familiar e da tão prazerosa companhia dos amigos. Sempre digo que me tornei uma pessoa ingrata para com os meus afetos.

Talvez toda esta "mão de obra" é que faz se chamar um livro de "obra". Implico um pouco com este termo, pois, apesar de todo o esforço, é enorme a satisfação de manusear um livro que traz o seu

nome como autor. Não há como deixar de tocá-lo de modo carinhoso.

Sempre fui muito irrequieta e questionadora, além de um pouco irreverente, é claro. Com os olhos voltados ao justo, minha eterna preocupação sempre foi com uma justiça equânime. Minha tendência é duvidar de tudo o que está posto de forma indiscutível e pacífica. Tenho grande dificuldade de, simplesmente, repetir o que vem sendo dito, aceitar como corretas teorias e posições, ainda que cristalizadas pela jurisprudência. O simples fato de algum tema já ter sido enfrentado e decidido em determinado sentido nunca me convence de ser esta a melhor e a única solução, de que ali se encontra a justiça, a dispensar uma reflexão a partir de outro enfoque.

Talvez por isso, de maneira muito frequente, recebia de quem tomava conhecimento de minhas ideias, em palestras, escritos e julgados, pedidos de indicações bibliográficas. Ao elencar uma série de trabalhos de renomados juristas sobre os mais significativos temas do direito de família, a reação, principalmente dos alunos, sempre surgia: não dá para adquirir várias obras para estudar uma única matéria dentre as inúmeras disciplinas que são ministradas em um curso que se prolonga por alguns anos.

Sobre o impasse, conversei com minha filha Denise, então estudante de direito e hoje Juíza de Direito. Ela confirmou a dificuldade e, de forma insistente - característica toda sua -, sugeriu que eu escrevesse um livro. Segundo ela, durante as aulas, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vez por outro surgiam discussões a respeito de assuntos polêmicos por mim sustentados e sobre os temas difíceis que tenho a mania de enfrentar.

Bem, aceitar desafios é quase uma marca em minha trajetória de vida.

Daí o *Manual de direito das famílias.*

Muitos questionamentos surgiram pelo fato de, pela primeira vez ser usada a expressão "direito das famílias". É que para mim a expressão "direito de família" já perdeu significado. Aliás, na coletânea *Conversando sobre...* já havia usado a expressão no plural. O terceiro volume se intitula *Conversando sobre o direito das famílias.*

Mesmo depois de a Constituição Federal ter enlaçado no conceito de entidade familiar várias estruturas de convívio, o Código Civil continua falando em direito de família e trata quase que exclusivamente de uma modalidade de família: a constituída pelo casamento. Ora, um olhar acaba levando a uma comunhão de vidas, ao comprometimento mútuo e a responsabilidades recíprocas, que o Direito se arvora na obrigação de regular.

Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A constitucionalização da união estável e do vínculo monoparental operou verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. Tornou-se preciso achar o elemento que autorizasse reconhecer a origem dos relacionamentos interpessoais. O grande desafio foi descobrir o toque diferenciador destas estruturas, a permitir inseri-las em um conceito mais amplo de família.

Ao falar em família é necessário render tributo ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, que surgiu da preocupação de proceder a uma releitura do conceito de família e dos direitos que dele defluem a partir da ótica da contemporaneidade. Como a lei não acompanha as mudanças por que passa a família, acaba nas mãos da doutrina e da jurisprudência a responsabilidade de construir toda uma nova base doutrinária que atenda aos reclamos de uma sociedade sempre em ebulição.

O afeto foi reconhecido como o ponto de identificação da família. É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional - cujo núcleo é a vontade - e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.

Sob esta ótica é que a própria disposição dos temas aqui abordados tem uma apresentação diferenciada da convencional e não obedece a ordem eleita pela lei. Por exemplo, não dá para tratar a união estável no local em que a colocou o codificador: no último capítulo que trata da família, em evidente posição de desprestígio. Igualmente, ao falar de família, não mais cabe deixar de trazer as famílias homoafetivas, expressão de afetividade que vem obtendo respeitabilidade social e visibilidade jurídica, graças ao Poder Judiciário.

Também são trazidos assuntos que normalmente não aparecem em compêndios de direito de família. Antes mesmo de adentrar no estudo da família, é indispensável traçar a trajetória da mulher. Foi a libertação feminina que levou à decadência do viés patriarcal da família. A luta feminista foi a responsável pela imposição do império da liberdade e da igualdade.

Talvez o capítulo que cause maior estranheza seja o intitulado "Família, moral e ética". Todavia, ninguém duvida do compromisso ético da família na formação do cidadão. Não é mais possível confundir moralismo com família. Muito menos se pode admitir que a Justiça, em nome da preservação de um moralismo conservador, chegue a resultados totalmente afastados da ética, referendando posturas maliciosas e chancelando o enriquecimento injustificado.

Desde a primeira edição procurei escrever sob a ótica da legislação em vigor, sem a intenção de mostrar como as coisas eram antes de serem removidas pela evolução da sociedade e incineradas por novas leis. Não tive a menor preocupação em fazer uma abordagem comparativa entre o Código Civil atual e o anterior. O mesmo

ocorre agora, com a promulgação do novo Código de Processo Civil. Todas as referências dizem com a Lei 13.105, de 16/03/2015. Escrevo preocupada com o novo, olhando para o futuro. Ainda assim, vi-me na contingência de fazer breves considerações sobre a evolução de alguns temas, até porque, para entender determinados institutos, é indispensável conhecer suas matrizes históricas. Dessa forma, são feitas algumas incursões ao passado, mas somente para avaliar situações presentes e se ter uma ideia das mudanças levadas a efeito. A tentativa é mostrar o grande impulso que ensejou a enorme evolução - quase uma revolução - do direito das famílias.

É esta preocupação com o novo que levou à exclusão do capítulo da separação, quando da extinção do instituto pela reforma constitucional.

É uma tarefa extremamente difícil assimilar novidades e desmistificar condicionamentos que têm raízes na educação e na cultura. Estratificações sociais, preconceitos arraigados há tanto tempo impedem ver que existem outras formas de viver, diversos modos de buscar a felicidade. Essa verdadeira missão vem sendo cumprida com sucesso pelo IBDFAM, que agrega significativo número de cabeças pensantes, sem medo de ver a realidade e criar novos paradigmas. Foi nessa fonte - que se pode chamar da nova escola do direito das famílias - onde fui buscar subsídios. Procuro trazer o pensamento de todos os que se dispõem a ver a família em sua conotação atual. O colorido multifacetário que adquiriu a família tornou necessária a busca de diversos referenciais, enlaçando outras ciências que também se dedicam ao estudo do ser humano, não só como sujeito de direitos, mas como sujeito de desejos.

É necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado, na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade. O direito das famílias lida com gente, gente dotada de sentimentos, movida

por medos e inseguranças, gente que sofre desencantos e frustrações e busca no Judiciário ouvidos a seus reclamos.

Minha proposta é, de forma bastante didática, como é a maneira de me expressar, fazer um passeio pelo atual direito das famílias, sempre tomando posições sobre os pontos mais polêmicos. Mas as novidades mais significativas estão assinaladas. Por uma questão de lealdade intelectual, e para não afastar o caráter científico que o trabalho exige, faço referência às posições divergentes da doutrina e às distintas orientações jurisprudenciais.

Sempre sonhei com uma Justiça mais rente à realidade da vida, mais sensível, mais retributiva e menos punitiva. Este sonho, que serviu de norte a toda a minha trajetória, conduziu-me primeiro à magistratura e depois à advocacia.

Dedico este trabalho aos jovens - de idade e de espírito -, pois serão eles os lidadores do direito de amanhã, os artífices da justiça do futuro. Minha esperança é que as novas gerações consigam ver o direito mais próximo do cânone maior do nosso sistema jurídico: respeito à dignidade da pessoa.

Depositо-o nas mãos de quem não tem medo de ousar para cumprir a sublime missão de dar a cada um o que é seu, sem olvidar que o seu de cada um é o direito de todos à felicidade.

Maria Berenice Dias

www.mbdias.com.br

www.mariaberenice.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

www.estatutodiversidadesexual.com.br

1. DIREITO DAS FAMÍLIAS

SUMÁRIO: 1.1 Origem do direito - 1.2 Lacunas - 1.3 Origem da família - 1.4 Origem do direito das famílias - 1.5 Evolução legislativa - 1.6 Tentativa conceitual - 1.7 Natureza Jurídica - 1.8 Conteúdo - 1.9 Constitucionalização - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226; CC 1.511 a 1.783; CPC 178 I, 53 I e II, 189 II, 345 II, 392, 506, 528 a 533, 693 a 699, 731 a 734, 747 a 764, 911 a 913, 1.048 I e II; L 11.340/06 5.º III.

1.1. Origem do direito

O direito é a mais eficaz técnica para o **Estado** cumprir sua importante função de organizar a vida em sociedade. Para isso impõe **pautas de condutas**, nada mais do que regras de comportamento a serem respeitadas por todos. O ordenamento jurídico - verdadeiro **interdito proibitório** dos impulsos que podem inviabilizar o convívio social[1] - possibilita a vida em sociedade. É composto de uma infinidade de normas que, na bela comparação de Norberto Bobbio, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar.[2]

O legislador "carimba" - para usar a expressão de Pontes de Miranda - os **fatos da vida**, transformando-os em **normas jurídicas** mediante o estabelecimento de sanções. O direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos.[3]

Ainda que o Estado tenha o dever de regular as relações interpessoais, precisa respeitar a dignidade, o direito à liberdade e à igualdade de todos e de cada um. Tem a obrigação de garantir o **direito à vida**, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz!

A norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades e as inquietações do ser humano.[4] Daí o surgimento de normas que não criam deveres, mas simplesmente descrevem valores, tendo os **direitos humanos** se tornado a espinha dorsal da produção normativa contemporânea.[5]

1.2. Lacunas

Em tese, o Direito deve abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação. Daí a instituição de **modelos** preestabelecidos de relações juridicamente relevantes, a sustentar o **mito da completude** do ordenamento legal. Mas há um descompasso. A realidade sempre antecede o direito. Atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado. Ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação.[6] A realidade é dinâmica e a moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos.[7] A existência de lacunas no direito é decorrência lógica do sistema e surge no momento da aplicação do direito a um caso *sub judice* não previsto pela ordem jurídica.[8]

Quando o legislador se **omite** não se está a frente do que se chama de **silêncio eloquente**: que determinada situação da vida não é merecedora de reconhecimento. Não. Muitas vezes é mero desleixo ou preconceito. Vã tentativa de fazer desaparecer situações de vida dignas de tutela. O fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito. A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para o juiz negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da chancela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Como esta atividade ligiferante ao caso concreto é

determinada pela lei, não há que se falar em **ativismo judicial** sempre que o juiz decide sem que disponha de previsão legal. Aliás, esta é a sua missão maior, constitui a função criadora da Justiça.

Por isso as lacunas precisam ser **colmatadas**, isto é, preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção e nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei. É o que se chama de *non liquet*.[9] Toda a vez que o **juiz** se depara com uma lei deficiente, está autorizado a exercer, dentro de certos limites, a função de **legislador**, a efetuar, no seu lugar, juízos de valor e decisões de vontade.[10] Ausência de lei não quer dizer ausência de **direito**, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.

A lei processual deixou de indicar os caminhos a percorrer (CPC 140), como faz a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 4.º: **analogia**, **costumes** e **princípios gerais de direito**. Ainda assim deve o juiz se socorrer dos **princípios constitucionais** que estão no vértice do sistema. No contexto de um Estado Democrático de Direito, em que impera a legalidade material, os princípios servem de parâmetro normativo para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica, ocasionando a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que lhes são contrários.[11]

Com a constitucionalização do direito civil, os princípios elencados na Constituição tornaram-se **fontes normativas**. Diante do vazio da lei, nem a interpretação gramatical, nem a sistemática, nem a histórica servem. O moderno jurista prefere o chamado método **teleológico**, que se constituiu em um método pluridimensional.[12] Surge daí a **proibição de retrocesso social**, como garantia constitucional.

1.3. Origem da família

Manter vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana. Sempre existiu o **acasalamento** entre os seres vivos, seja em decorrência do **instinto de perpetuação da espécie**, seja pela verdadeira aversão que todos têm à **solidão**. Parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar.

Mesmo sendo a vida aos pares um **fato natural**, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um **agrupamento informal**, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. No dizer de Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.[13]

A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés **conservador**. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma **construção cultural**. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.[14] É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, como um **LAR**: Lugar de Afeto e Respeito.

A própria organização da **sociedade** se dá em torno da estrutura familiar. Em determinado momento histórico o intervencionismo estatal instituiu o **casamento** como regra de conduta.[15] Uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família

formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar.[16] Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe **restrições à total liberdade**, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.[17]

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**. A família tinha **formação extensiva**, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à **procriação**. Tratava-se de uma entidade **patrimonializada**, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos.

Este quadro não resistiu à **revolução industrial**, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a **mulher** ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou. Tornou-se **nuclear**, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o **vínculo afetivo** que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor.[18] A valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, **cessado o afeto**, está ruída a base de sustentação da família, e a **dissolução do vínculo** do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.[19]

1.4. Origem do direito das famílias

Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo **família** e simplesmente falar em **famílias.** Como refere Jones Figueirêdo Alves, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações.[20] Deste modo a expressão **direito das famílias** é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenha a formação que tiver.

A família é o primeiro agente socializador do ser humano.[21] Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família. A primeira lei de direito das famílias é conhecida como a **lei-do-pai**, uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos.[22] A interdição do **incesto** funda o psiquismo e simboliza a inserção do ser humano no mundo da cultura.[23]

A família é cantada e decantada como a **base da sociedade** e, por essa razão, recebe especial proteção do Estado (CF 226). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases.[24] A família é tanto uma estrutura **pública** como uma relação **privada**, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte.[25]

O influxo da chamada **globalização** impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos. No entanto, a mais árdua tarefa é mudar as regras do direito das famílias. Isto porque é o ramo do direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano. O legislador não consegue acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea.

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de **oxigenaçãodas leis**. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei.[26] Quando se fala de relações afetivas - afinal, é disso que trata o direito das famílias -, a missão é muito mais delicada, em face dos reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. Como adverte Sérgio Gischkow Pereira, o regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia.[27]

Porém, é preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do "ser" sujeito.[28] A esfera privada das relações conjugais começa a repudiar a interferência do público.[29] Ainda que tenha o **Estado** interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de **legitimidade** para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. É necessário redesenhar o seu papel, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, participação minimizante de sua faceta interventora no seio familiar.[30] Compreender a evolução do direito das famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de

uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiais, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação.[31]

Talvez não mais existam razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem a excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. Uma verdadeira **estatização do afeto**. O grande problema reside em encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, o modo de proteger sem sufocar e de regular sem engessar.[32] O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua **democratização**, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a **lealdade**.

1.5. Evolução legislativa

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua **dissolução**, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.[33] As referências feitas aos **vínculos extramatrimoniais** e aos **filhos ilegítimos** eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação da família constituída pelo casamento.

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o **Estatuto da Mulher Casada** (L 4.121/62), que devolveu a plena **capacidade** à mulher casada e deferiu-lhe **bens reservados** a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

A instituição do **divórcio** (EC 9/77 e L 6.515/77) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

A **Constituição Federal** de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito.[34] Instaurou a **igualdade entre o homem e a mulher** e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo **casamento**, bem como à **união estável** entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de **família monoparental**. Consagrou a **igualdade dos filhos**, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Como lembra Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família.[35]

O fato de não ter sido alterada a legislação infraconstitucional não emprestou sobrevida à separação, mas a resistência de alas conservadoras insistem em afirmar a permanência do instituto já sepultado pela jurisprudência.

O **Código Civil**, pelo tempo que tramitou e pelas modificações profundas que sofreu, já nasceu velho. Procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados: operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional.[36]

Talvez o grande ganho tenha sido **excluir expressões e conceitos** que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver

com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc.

A possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer **extrajudicialmente**[37] subtraiu do Judiciário o monopólio de acabar com a sociedade conjugal. Mas foi a **Emenda Constitucional 66**[38] que finalmente eliminou o arcaico instituto da separação, consagrando o **divórcio** como a única forma de acabar com o matrimônio. Com isso não há nem prazos, nem a necessidade de identificar causas para dissolver-se o vínculo matrimonial.

O **Código de Processo Civil**, de forma equivocada, sete vezes faz referência à separação, o que, às claras, não faz ressuscitar este instituto. A lei de ritos não tem este condão. Necessário reconhecer que as referências dizem com a separação de fato e a separação de corpos.

Mas no âmbito do direito das famílias, o estatuto processual tem um mérito. Concedeu um capítulo às **ações de família** (CPC 693 a 699), impõe que as partes, ao se qualificarem, declinem se vivem em união estável. O maior pecado foi não agilizar a execução de alimentos, mesmo trazendo o cumprimento da decisão judicial que fixa alimentos (CPC 528 a 533) e a execução de título executivo extrajudicial (CPC 911 a 914). De resto, pouco avanços trouxe.

1.6. Tentativa conceitual

Dispondo a família de formatações das mais diversas, também o direito das famílias precisa ter espectro cada vez mais abrangente. Assim, é difícil sua definição sem incidir num **vício de lógica**. Como esse ramo do direito disciplina a organização da família, conceitua-

se o direito de família com o próprio objeto a definir.[39] Em consequência, mais do que uma definição, acaba sendo feita a **enumeração** dos vários **institutos** que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade.

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelo **matrimônio**, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as **relações extramatrimoniais** ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de **entidade familiar** o que chamou de **união estável**. Viu-se então o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no Livro do Direito de Família. No entanto, olvidou-se de disciplinar as **famílias monoparentais**, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Igualmente, nada traz sobre as **famílias homoafetivas**, que de há muito foram inseridas no âmbito do direito das famílias por obra da jurisprudência.

O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

1.7. Natureza jurídica

Apesar de constantemente ser denunciada a irrelevância ou o desaparecimento da importância de tal classificação, persiste a antiga discussão: o direito das famílias pertence ao **direito público** ou ao **direito privado**? Não se pode olvidar que está inserido no Código Civil, codificação que regula as relações dos indivíduos entre si.

Como tem assento no **direito privado**, tal permite afirmar seu caráter privado.[40]

No entanto, em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito das famílias dispõe de acentuado domínio de **normas imperativas**, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São **normas cogentes** que incidem independentemente da vontade das partes, daí seu perfil **publicista**. Por isso são consideradas **de ordem pública**, assim entendidas por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo. A tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que busca tutelar as entidades familiares mais do que os seus integrantes.

O fato de permearem as relações familiares, interesses que dizem com a **capacidade** e a **identidade** das pessoas não significa ter o direito das famílias migrado para o direito público. Ao reverso, como sustenta Gustavo Tepedino, deve-se submeter a convivência familiar aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como **instituição**.[41] Aliás, não se pode conceber **nada mais privado**, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. A pretensão de deslocar a família do direito privado representa um contrassenso, pois prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima.[42]

Imperioso reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o **caráter privado**. A tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais se inclina cada vez mais a repudiar a **interferência do público**. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o Estado

não pode mais controlar as formas de constituição das famílias, ela é mesmo plural.[43] Como passaram a ser aceitas pela sociedade as mais diversas conformações de convívio, tal revela a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.

Levando em conta as particularíssimas características do direito das famílias, imperioso considerá-lo como um **microssistema** jurídico,[44] a merecer tratamento legal autônomo, um Código apartado da codificação civil. Vem progredindo a inovadora ideia de a **ciência da família** ser disciplina interdisciplinar autônoma, na procura de analisar e explicar, se possível de forma plena, dimensões da vida familiar conjunta e possivelmente encontrar regularidades na conexão entre família e sociedade.[45] Atento a esta tendência é que o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM elaborou o Estatuto das Famílias, projeto de lei que tramita perante o Senado Federal.[46]

1.8. Conteúdo

Por estar voltado à tutela da pessoa, se diz que o direito das famílias é **personalíssimo**. Adere indelevelmente à personalidade de seus membros, em virtude da posição que ocupam na família durante toda a vida.[47] Em sua maioria, o direito das famílias é composto de direitos **intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis** e **indisponíveis**. A **imprescritibilidade** também ronda o direito das famílias.[48] Basta atentar que ninguém pode ceder o poder familiar ou renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação. O reconhecimento do filho é irrevogável, sendo imprescritível o direito de ver declarada a paternidade.

Tradicionalmente, o direito das famílias é identificado a partir de três grandes eixos temáticos: (a) **direito matrimonial** - cuida do

casamento, sua celebração, efeitos, anulação, regime de bens e sua dissolução; (b) **direito parental** - volta-se para a filiação, adoção e relações de parentesco; e (c) **direito protetivo ou assistencial** - inclui poder familiar, alimentos, tutela e curatela. Essa divisão, no entanto, vem cada vez mais se desfigurando.

1.9. Constitucionalização

Grande parte do direito civil foi parar na Constituição, que enlaçou temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. Inúmeras são as referências que lá estão: arts. 1.º, III, 3.º, I, III, IV, 4.º, II, 5.º, I, II, XXX, XXXI, XXXIV, XXXV, XXXVI, XLI, LV, LX, LXVII, LXXIV, LXXVI, LXXVIII, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, 226, 227, 228, 229 e 230.

A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da Constituição.[49] Sua força normativa não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade - converte-se ela mesma em força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.[50]

Essa é uma característica do chamado **estado social**, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um **estado liberal** que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado.[51] Em face da nova tábua de valores da Constituição Federal, ocorreu a universalização e a humanização do direito das famílias, que acabou por provocar um câmbio de paradigmas.

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família ao emprestar juridicidade ao relacionamento fora do **casamento**. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a **união estável** entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares.[52] Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar também as **relações monoparentais**: um pai com os seus filhos. Ou seja, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.

Leitura complementar

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHINELATO, Silmara Juny; SIMÃO, José Fernando; FUGITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (orgs.). *Direito de família no novo milênio*: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das famílias*: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (orgs.). *Leituras complementares de direito civil* - Direito das famílias. Bahia: JusPodivm, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 7ª. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 27-97.

LÔBO, Paulo. *Famílias.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito civil:* família. São Paulo: Ed. RT, 2013.

OLIVEIRA, Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso dedireito de família*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito das famílias e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015.

______. *Código Civil da família anotado*. Curitiba: Juruá, 2009.

VILAS-BOAS, Renata Malta; BRUNO, Susana de Moraes Spencer. (orgs.) *Novas tendências do direito das famílias*. v. 1. Brasília: Editora Kiron, 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

1

Rodrigo da Cunha Pereira, Pai, por que me abandonaste?, 220.

2

Norberto Bobbio, A teoria do ordenamento jurídico, 37.

3

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. I, 6.

4

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 13.

5

Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas..., 8.

6

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 33.

7

Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 10.

8

Maria Helena Diniz, As lacunas do direito, 110.

9

Em tradução livre: não está claro.

10

Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, 222.

11

Mônica Clarissa Henning Leal, A Constituição como princípio..., XVI.

12

Idem, 108.

13

Giselda Hironaka, Família e casamento em evolução, 8.

14

Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de família:..., 36.

15

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 49.

16

Adriana Caldas Maluf, Direito das famílias, 259.

17

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 35.

18

Alexandre Rosa, Amante virtual:..., 162.

19

Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos..., 113.

20

Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no direito de família, 482.

21

Tânia da Silva Pereira, Da adoção, 151.

22

Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de família:..., 17.

23

Maria Antonieta Pisano Motta, Além dos fatos e dos relatos:..., 39.

24

Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 242.

25

Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do direito de família, 6.

26

Marcos Colares, A sedução de ser feliz:..., 47.

27

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 35.

28

Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de família:..., 2.

29

César Augusto de Castro Fiúza, Mudança de paradigmas:..., 37.

30

Pedro Thomé de Arruda Neto, A "despenalização" do direito das famílias, 263.

31

Maria Cláudia Crespo Brauner, O pluralismo no direito..., 257.

32

Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 16.

33

Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do direito de família, 3.

34

Zeno Veloso, Homossexualidade e direito, 3.

35

Luiz Edson Fachin, Da paternidade, relação biológica e afetiva, 83.

36

Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do direito de família, 5.

37

A Lei 11.441/07 acrescentou o art. 1.124-A ao CPC/73.

38

EC 66/10 - deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

39

Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil, 8.

40

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 15.

41

Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 20.

42

Sílvio Venosa, Direito civil: Direito de família, 25.

43

Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de família:..., 55.

44

Sílvio Venosa, Direito civil: Direito de família, 25.

45

Max Wingen, A caminho de uma ciência da família?..., 37.

46

PLS 470/2013.

47

Sílvio Venosa, Direito civil: Direito de família, 28.

48

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 33.

49

Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 21.

50

Konrad Hesse, A força normativa da constituição, 19.

51

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 106.

52

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 19.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

SUMÁRIO: 2.1 Princípios constitucionais - 2.2 Princípios e regras - 2.3 Princípios constitucionais e princípios gerais de direito - 2.4 Monogamia - 2.5 Princípios constitucionais da família: 2.5.1 Da dignidade humana; 2.5.2 Da liberdade; 2.5.3 Da igualdade e respeito à diferença; 2.5.4 Da solidariedade familiar; 2.5.5 Do pluralismo das entidades familiares; 2.5.6 Da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos; 2.5.7 Da proibição de retrocesso social; 2.5.8 Da afetividade - Leitura complementar.

2.1. Princípios constitucionais

Um novo modo de ver o direito emergiu da Constituição Federal, verdadeira **carta de princípios**, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais (CF 5.º § 1.º). Segundo Paulo Bonavides, os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional,[1] o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos **direitos humanos**, o que ensejou o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela.

Os princípios constitucionais - considerados leis das leis - deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, na expressão de Paulo Lôbo, são conformadores da lei.[2] Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispondo exclusivamente de **força supletiva**. Adquiriram **eficácia imediata** e aderiram ao sistema positivo. Compõe nova base axiológica, tendo abandonado o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a **dignidade da pessoa humana** foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF 1.º III), o positivismo tornou-se insuficiente.[3] As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da **interpretação conforme a Constituição** é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da Lei Maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.

A Constituição, no que respeita às relações estritamente familiares, imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família. Para o direito atual, o **Estado** é pessoa jurídica, a **sociedade** é uma coletividade indeterminada e a **família** é entidade não personalizada. Os três são grupos integrados por pessoas. No dizer de Paulo Lôbo o integrante da família, em virtude dessa específica circunstância, é titular de direitos fundamentais oponíveis a qualquer desses grupos, inclusive à própria família. Não são pessoas determinadas que são devedoras, mas o Estado, a sociedade e a família enquanto tais. Os grupos não são titulares de direitos fundamentais, mas apenas de deveres fundamentais.[4] A reconstrução do conceito de pessoa levou o direito a construir princípios e regras que visam à proteção da personalidade humana naquilo que é o seu atributo específico: a qualidade de ser humano.[5]

2.2. Princípios e regras

Em passado não muito distante, a **operação hermenêutica** encontrava-se invertida. A Constituição era tida apenas como uma moldura, cujo conteúdo era preenchido pelas leis e pelos códigos.[6] Imaginava-se que o destinatário do texto constitucional era o legislador ordinário. Tal tornava o civilista refém da legislação

infraconstitucional, sem se sentir vinculado aos preceitos constitucionais, não podendo reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição.[7] Mas há muito está superada a concepção que negava força normativa aos princípios em razão do seu caráter fluido e indeterminado.[8]

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o **suporteaxiológico**, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico.[9] Como bem observa Daniel Sarmento, se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juízes por máquinas.[10]

Os **princípios** são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm **alto grau de generalidade**, mas também por serem **mandatosdeotimização**.[11] Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.[12] Devem ter conteúdo de **validade universal**. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.

Princípios, por definição, são mandamentos nucleares de um sistema. No dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.[13] Um princípio, para ser reconhecido como tal, deve ser subordinante, e não subordinado a regras.

Regras são normas que incidem sob a forma "tudo ou nada", o que não sucede com os princípios.[14] Quando, aparentemente, duas regras incidem sobre o mesmo fato, é aplicada uma ou outra, segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade. Aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida. As regras podem ser cumpridas ou não, contêm determinações de âmbito fático e jurídico com **baixadensidade de generalização**.[15] Quando são admitidas exceções, não se está frente a um princípio, mas de uma regra concorrente ou subordinada a outra que lhe é incompatível ou contrária.

A partir do transbordamento dos princípios constitucionais para todos os ramos do direito, passou-se a enfrentar o problema do **conflito de princípios** ou **colisão de direitos fundamentais**. Nessas hipóteses - que não são raras, principalmente em sede de direito das famílias -, imperioso invocar o princípio da **proporcionalidade**, que prepondera sobre o princípio da estrita legalidade. Não cabe a simples anulação de um princípio para a total observância do outro. Os princípios se harmonizam na feliz expressão "diálogo das fontes".

É preciso preservar, tanto quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar.[16] Quando dois princípios incidem sobre determinado fato, o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo de cada um. Há **ponderação** entre os princípios, e não opção por um deles em detrimento do outro. Havendo conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade da pessoa humana.[17]

Como os juízes têm o dever de assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, passaram a aplicar diretamente os princípios constitucionais, abandonando a concepção estritamente positivista da função judicial, que pregava um sistema de regras

neutro. Os direitos fundamentais podem ser considerados parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do direito.[18]

2.3. Princípios constitucionais e princípios gerais de direito

Os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito.[19] Dispõem de primazia diante da lei, sendo os primeiros a ser invocados em qualquer processo hermenêutico.

Não se pode confundir **princípios constitucionais** e **princípios gerais dedireito**. Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais para uma posição subalterna à lei juntamente com as demais fontes do direito - a analogia e os costumes -, que são invocáveis na omissão do legislador. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação pelo método indutivo[20] e cabem ser invocados quando se verificam lacunas na lei. A norma constitucional está no vértice do sistema. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica.

2.4. Monogamia

Uma ressalva merece ser feita quanto à monogamia. Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado.[21] Ainda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpre o dever de **fidelidade**, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas.

O Estado tem interesse na mantença da estrutura familiar, a ponto de proclamar que a família é a base da sociedade. Por isso, a monogamia sempre foi considerada **função ordenadora** da família. A monogamia não foi instituída em favor do amor. Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo. Serve muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas. Embora a uniconjugalidade disponha de valor jurídico, não passa de um sistema de regras morais. De qualquer modo, seria irreal negar que a sociedade ocidental contemporânea é, efetivamente, centrada em um modelo familiar monogâmico, mas não cabe ao Estado, em efetivo desvio funcional, se apropriar deste lugar de interdição.[22]

Em atenção ao preceito monogâmico, o Estado considera crime a **bigamia** (CP 235). Pessoas casadas são **impedidas de casar** (CC 1.521 VI) e a bigamia torna **nuloo casamento** (CC 1.548 II e 1.521 VI). É anulável a **doação** feita pelo adúltero a seu cúmplice (CC 550).

A **infidelidade** servia de fundamento para a ação de separação, pois importava em **grave violação** dos deveres do casamento, tornando **insuportável** a vida em comum (CC 1.572), de modo a comprovar a impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I). Com o fim da separação, tudo isso não mais existe, e o **divórcio** tornou-se um direito potestativo.

Ainda se esforça o legislador em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, chamando-as de **concubinato** (CC 1.727). No entanto, pretender elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional leva a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há **simultaneidade** de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um - ou, pior, a ambos os relacionamentos -, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o **enriquecimento ilícito** exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a

totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução, que ainda predomina na doutrina e é aceita pela jurisprudência, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à **ética**, se afasta do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, com o nome de **poliamor**, relações entre mais de duas pessoas vêm buscando reconhecimento. Ainda que exista o impedimento para o casamento, vem sendo formalizadas, por escritura pública, **relacionamentos poliafetivos**, em que os integrantes assumem deveres pessoais e de natureza patrimonial. Ainda que muito se discuta sobre a eficácia destes instrumentos, não se pode negar efeitos jurídicos a tais manifestações de vontade.

2.5. Princípios constitucionais da família

Existem **princípios gerais** que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, bem como os princípios da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes. Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.[23]

Alguns princípios **não** estão **escritos** nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade.[24] Daí o reconhecimento de inúmeros princípios constitucionais **implícitos**, inexistindo hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

Há **princípios especiais** próprios das relações familiares. É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como **valores sociais fundamentais**,

os quais não podem se distanciar da atual concepção da família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família os princípios da solidariedade e da afetividade. Daí a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica.[25]

É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito das famílias. Cada autor traz números diferenciados de princípios, não se conseguindo sequer encontrar um denominador comum em que haja consenso. .Francisco Amaral[26] elenca onze princípios fundamentais que dizem respeito à organização e à proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso: (a) reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (CF 226); (b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; (c) competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; (d) igualdade jurídica dos cônjuges (CF 226 § 5.º); (e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 §§ 3.º e 4.º); (f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF 226 § 6.º); (g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (CF 226 § 7.º); (h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF 227 § 6.º); (i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança, ao adolescente e ao jovem, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CF 227); (j) atribuição

aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF 229); e (k) proteção do idoso (CF 230).

Paulo Lôbo também reconhece como princípios o da convivência familiar e o da responsabilidade.[27]

Cabe destacar alguns dos princípios norteadores do direito das famílias, sem a pretensão de delimitar números ou esgotar seu elenco.

2.5.1. Da dignidade humana

É o princípio maior, o **mais universal de todos** os princípios. É um **macroprincípio** do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.[28] No dizer de Daniel Sarmento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.[29]

Eduardo Bittar afirma que o **respeito à dignidade humana** é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive. Assim, há de se postular por um sentido de mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana.[30]

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas,

garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.[31]

Trata-se do princípio fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão.[32] Talvez possa ser identificado como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções e experimentado no plano dos afetos.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela **pessoa**, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a **despatrimonialização** e a **personalização** dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.[33]

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos **direitos humanos**, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, **versão axiológica** da natureza humana.[34] O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família,[35] com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

A dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais

relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.[36]

2.5.2. Da liberdade

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.[37]

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais, homem e mulher, em relação ao papel que desempenham na sociedade conjugal.

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho.[38] Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de

bens na vigência do casamento (CC 1.639 § 2.º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

No rol dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, assegurados constitucionalmente, figura o direito à liberdade (CF 227). Assenta-se neste direito tanto a necessidade de o adotado, desde os 12 anos de idade, concordar com a adoção (ECA 45 § 2.º), como a possibilidade do filho de impugnar o reconhecimento levado a efeito enquanto era menor de idade (CC 1.614). Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra como direito fundamental a liberdade de opinião e de expressão (ECA 16 II) e a liberdade de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação (ECA 16 V).

Exatamente, por afrontar ao princípio da liberdade, é **inconstitucional** a imposição coacta do **regime de separaçãode bens** aos maiores de 70 anos (CC 1.641 II).

2.5.3. Da igualdade e respeito à diferença

Falar em igualdade sempre lembra a célebre frase de Rui Barbosa: tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade.[39] É imprescindível que a lei considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material.

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no **âmbito social**. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de **justiça**. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com **igualdadeformal**: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à **igualdadematerial** precisamente porque existem desigualdades. Também existe a **igualdade como**

reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.

Segundo José Afonso da Silva, justiça material ou concreta pode ser entendida como a especificação da igualdade formal no sentido de conceder a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa.[40] Portanto, é a questão da justiça que permite pensar a igualdade. Na presença de **vazios legais**, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da **semelhança significativa**, ou seja, por meio da **analogia**, que se funda no princípio da igualdade.[41]

Não bastou a **Constituição Federal** proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5.º): *todos são iguais perante a lei*. Foi além. De modo enfático e até repetitiva, afirma que **homens e mulheres** são iguais em direitos e obrigações (CF 5.º I). Decanta mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º). Ou seja, a carta constitucional é a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias.

Foi banida a **desigualdade de gêneros**. Depois de séculos de tratamento discriminatório, as distâncias entre homens e mulheres vêm diminuindo. A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito.[42] O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado de que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é o masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas.

A supremacia do princípio da igualdade alcança também os vínculos de **filiação**, ao proibir qualquer designação discriminatória com

relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6.º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais.

Em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o **planejamento familiar** (CC 1.565 § 2.º e CF 226 § 7.º). A interferência do Estado limita-se a propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito.

Atendendo à ordem constitucional, o **Código Civil** consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautado pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela **solidariedade** entre seus membros. A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de **direitos e deveres dos cônjuges** (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em **mútua colaboração** (CC 1.567). São atribuídos **deveres recíprocos** igualitariamente tanto ao marido quanto à mulher (CC 1.566). Em nome da igualdade é permitido a qualquer dos nubentes adotar o **sobrenome** do outro (CC 1.565 § 1.º). São paritários os direitos e os deveres do pai e da mãe no respeitante à **pessoa** (CC 1.631) e aos **bens dos filhos** (CC 1.690). Não havendo acordo, não prevalece a vontade de nenhum deles. Devem socorrer-se do juiz em caso de desacordos. Com relação à **guarda dos filhos**, nenhum dos genitores tem preferência (CC 1.583 e 1.584). A guarda compartilhada é a regra, sem a necessidade de consenso dos pais, dividindo-se o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores.

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar.

Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as **uniões homoafetivas.** Ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais.

2.5.4. Da solidariedade familiar

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a **fraternidade** e a **reciprocidade**. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família.[43] A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar **deveres recíprocos** entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às **pessoas idosas** (CF 230).

A lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao prever que o **casamento** estabelece plena comunhão de vida (CC 1.511). A **obrigação alimentar** dispõe de igual conteúdo (CC 1.694). Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos. A imposição de tal obrigação entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Também os **alimentos compensatórios** têm como justificativa o

dever de assistência, nada mais do que a consagração do princípio da solidariedade.

2.5.5. Do pluralismo das entidades familiares

Com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de **arranjos familiares**.[44]

Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no **direito obrigacional**, como **sociedades de fato**. Mesmo que não indicadas de forma expressa, as uniões homoafetivas foram reconhecidas como família pela justiça. As uniões simultâneas e as poliafetivas - preconceituosamente nominadas de "concubinato adulterino" -, também são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias. Do mesmo modo as famílias parentais e as pluriparentais.

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente chancelar o **enriquecimento injustificado**, é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.

2.5.6. Da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos

Apesar de não elencado no art. 5.º da CF, são **fundamentais** os direitos de crianças, adolescentes e jovens.[45] Mas dispõem de assento constitucional a **doutrinada proteção integral** e a igualdade no âmbito das **relações paterno-filiais**, ao ser assegurado aos filhos os mesmos direitos e qualificações e vedada designações discriminatórias (CF 227 § 6.º). Agora a palavra "filho" não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente "filho".

Como afirma Paulo Lôbo, *o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado*.[46] A maior **vulnerabilidade** e **fragilidade** dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com **prioridade absoluta**, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227).

As formas de implementar todo esse leque de direitos e garantias, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8.069/ 1990): microssistema com normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito. O ECA rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzi-los à maioridade de forma responsável, como sujeito da própria vida, para que possam gozar de forma plena de seus direitos fundamentais.[47]

Em face da garantia à **convivência familiar**, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, no mais das vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à **adoção**. Deve prevalecer o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Mas infelizmente tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a **famíliassubstitutas**. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.[48]

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura **especial proteção ao idoso**. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF 230). É determinada a adoção de políticas de amparo aos idosos, por meio de programas a serem executados, preferentemente, em seus lares (CF 230 § 1.º). Também é deferido, em sede constitucional, aos maiores de 65 anos, transporte gratuito nos coletivos urbanos (CF 230 § 2.º).

O **Estatuto do Idoso** constitui-se em um microssistema e consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados mais significativos. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata (CF 5.º § 1.º).

2.5.7. Da proibição de retrocesso social

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabelece as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber: (a) a igualdade entre homens e mulheres na convivência

familiar; (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos. Como são normas de direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo.[49] Assim, não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio constitucional da proibição de retrocesso social. Como bem ressalta Lenio Streck, é evidente, que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituinte.[50]

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma **obrigaçãopositiva** à sua satisfação. Há: também uma **obrigação negativa** de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.

Por exemplo, quando a **lei** deixa de nominar a união estável quando assegura algum direito ao casamento, é necessário que o intérprete supra essa lacuna. Assim, onde está escrito **cônjuge**, deve-se ler **cônjugeoucompanheiro**. Do mesmo modo, sempre que a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de simplesmente se ter tal referência como não escrita. Também afronta a proibição de retrocesso social a omissão do Código Civil

em regular as famílias monoparentais, às quais a Constituição assegura especial proteção.

2.5.8. Da afetividade

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.[51] O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso a Constituição elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.[52]

O direito ao afeto está muito ligado ao **direito fundamental à felicidade.** Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos - políticas públicas - que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.[53]

Mesmo que a palavra **afeto** não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. A **uniãoestável** é reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as

pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ocorreu a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.[54]

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre **irmãosbiológicos e adotivos** e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de **solidariedade** recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, como diz Paulo Lôbo,[55] ao identificar na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6.º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5.º e 6.º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).[56]

O Código Civil também não utiliza a palavra **afeto,** ainda que, com grande esforço, se consiga visualizar na lei a elevação do afeto a valor jurídico.[57] Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.[58] Assim, é invocada a relação de afetividade e afinidade como elemento indicativo para a definição da **guarda** a favor de terceira pessoa (CC 1.584 § 5.º). A **possedeestadodefilho** nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

Belmiro Welter identifica algumas passagens em que há a valoração do afeto no Código Civil: (a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511); (b) quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC 1.593); (c) na consagração da igualdade na filiação (CC 1.596); (d) ao fixar a

irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604); e, (e) quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção **eudemonista** da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental.[59] A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.[60]

Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.[61] Esta evolução, evidenciada pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo **valor jurídico ao afeto**. Inclusive a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06, 5.º II) define família como uma relação íntima de afeto.

Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.[62]

Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.

Leitura complementar

DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, sexo e direito*: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais. São Paulo: SRS, 2015.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva.* Curitiba: Juruá, 2009.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 101-129.

______. Relações de família e direitos fundamentais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* v. 2.mar./abr. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 9-22.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

______. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 171-178.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial no princípio da convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 9, p. 5-24, abr.-maio 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEREJO, Lourival. *Novos diálogos do direito de família*. São Luís: Edufma, 2014.

SIMÃO, José Fernando. Afetividade e parentalidade. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan./fev. p. 35-53.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Temas de direito e processo de família e sucessões*. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VERAS, Érica Verícia Canuto; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de. Reflexões sobre a epistemologia da monogamia. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago. p. 81-102.

1

Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 237.

2

Paulo Lôbo, Do poder familiar, 182.

3

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 20.

4

Paulo Lôbo, Relações de família e direitos fundamentais, 19.

5

Judith Martins-Costa, Os danos à pessoa no direito brasileiro..., 21.

6

Paulo Lôbo, Do poder familiar, 181.

7

Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 18.

8

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses na Constituição Federal, 42.

9

Flávia Piovesan, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 60.

10

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 44.

11

Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 84.

12

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 42.

13

Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 230.

14

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 44.

15

Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 86.

16

José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional, 595.

17

Maria Celina Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana:..., 85.

18

Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 331.

19

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 24.

20

Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 18.

21

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 198.

22

Idem, 196.

23

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 55.

24

Idem, 25.

25

Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos..., 115.

26

Francisco Amaral, Direito constitucional:..., 319.

27

Paulo Lôbo, Tratado de Direito das Famílias 121 e 124.

28

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 68.

29

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 60.

30

Eduardo Bittar, O direito na pós-modernidade, 298.

31

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 71.

32

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 58.

33

Ana Carolina B. Teixeira e Maria de Fátima F. de Sá, Fundamentos principiológicos..., 21.

34

Sérgio Resende de Barros, Direitos humanos da família:..., 148.

35

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 72.

36

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 105.

37

Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 289.

38

Fabíola Santos Albuquerque, Poder familiar nas..., 165.

39

Rui Barbosa, Oração aos moços, 27.

40

José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional..., 216.

41

Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de família:..., 92.

42

Paulo Lôbo, Educação:..., 335.

43

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 103.

44

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Famílias simultâneas..., 145.

45

.Ingo Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 134.

46

Paulo Lôbo, Código Civil - Famílias, 45.

47

Ana Carolina B. Teixeira e Maria de Fátima F. de Sá, Fundamentos principiológicos..., 26.

48

Paulo Lôbo, Código Civil comentado, 132.

49

Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 219.

50

Lenio Luiz Streck, Hermenêutica jurídica e(m) crise, 97.

51

Paulo Lôbo, Socioafetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro, 14.

52

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós..., 54.

53

Saul Tourinho Leal, Direito à felicidade, 575.

54

Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto..., 508.

55

Paulo Lôbo, Código Civil - Famílias, 47.

56

Idem, 43.

57

Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 49.

58

Paulo Lôbo, Código Civil comentado, 56.

59

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 11.

60

Paulo Lôbo, Código Civil comentado, 41.

61

Michelle Perrot, O nó e o ninho, 81.

62

João Baptista Villela, As novas relações de família, 645.

3. FAMÍLIA, MORAL E ÉTICA

SUMÁRIO: 3.1 Moral, ética e direito - 3.2 Família e ideologia - 3.3 Família e moral - 3.4 Família e ética - 3.5 Boa-fé objetiva - Leitura complementar.

3.1. Moral, ética e direito

Moral e ética não se confundem, mas não é fácil distingui-las. Moral deriva do latim *mos, moris,* e significa costume ou procedimento habitual. Já ética vem do grego *ethos* e quer dizer conduta, uso, costume. Essa proximidade de significados já evidencia a dificuldade de extremar conceitos. De modo geral, costuma-se definir **moral** como normas estabelecidas e aceitas segundo o consenso individual e coletivo. Tem função essencial à sociedade e manifesta-se desde que o homem existe como ser social. Dispõe de caráter mais pessoal, pois exige fidelidade aos próprios pensamentos e convicções íntimas. **Ética** representa o estudo dos padrões morais já estabelecidos. É reconhecida como a **ciência da moral**, ou seja, o estudo dos deveres e obrigações do indivíduo e da sociedade.[1]

Ética e moral têm muito em comum: regulam relações humanas, mediante normas de conduta impostas aos indivíduos para possibilitar a vida em sociedade. Ambas têm âmbito de abrangência bem mais amplo do que o **direito.** Há uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres morais, que escapam do universo normativo estatal. Segundo Rui Stoco, enquanto a ética é a **ciência normativa da conduta**, o direito é o estabelecimento de uma coordenação objetiva bilateral de agir.[2] Mas o campo da ética é mais amplo do que o do direito e também tem uma dimensão maior do que a moral. A ética enfeixa em si mesma o direito e a moral, servindo-lhes de esteio e sustentação.[3] Ainda assim, não se

confundem. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, é preciso **separar radicalmente ética e moral**, privilegiando a ética, que é uma forma de conhecimento, em detrimento da moral, que é o campo do relativismo e do subjetivismo.[4] O direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado, sob pena de imposição de sanções. Já a ética não necessita de qualquer órgão ou poder para dar-lhe sustentação, sua efetividade não necessita da coerção estatal.

Ainda que as normas éticas variem no tempo e no espaço, são elas que dão substrato ao direito, emprestam conteúdo de validade à legislação. Assim, o direito não pode afastar-se da ética, sob pena de perder **efetividade**. Nenhuma norma, nenhuma decisão que chegue a resultado que se divorcie de uma solução de conteúdo ético pode subsistir. Essa preocupação não deve ser só do legislador. Também os lidadores do direito precisam conduzir suas decisões de forma que a solução não se afaste de padrões éticos. É necessário que a sentença imponha um agir de boa-fé. Não deve gerar prejuízo a ninguém e, muito menos, chancelar enriquecimento sem causa.

3.2. Família e ideologia

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto.[5]

O afastamento do Estado em relação à igreja revolucionou os costumes e especialmente os princípios que regem o direito das famílias, provocando profundas mudanças no próprio conceito de família. Sobreveio o **pluralismo das entidades familiares**,

escapando às normatizações existentes. Ainda assim, o direito das famílias é o campo do direito mais bafejado e influenciado por ideias morais e religiosas,[6] havendo a tendência do **legislador** de se arvorar no papel de guardião dos bons costumes, na busca da preservação de uma moral conservadora. O parlamentar, refugiando-se em preconceitos religiosos, transforma-se no grande ditador. Prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade conservadora. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrada o eleitorado e garante sua reeleição. Por este motivo é que restam à margem da lei situações que são alvo do repúdio social ou dizem com as minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como "normal" é tido por inexistente.

A ideologia da família patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constrangem as relações de afeto.[7] O Estado elege um modelo de família e o consagra como única forma aceitável de convívio. A lei, através de comandos intimidatórios e punitivos, busca estabelecer paradigmas comportamentais por meio de normas cogentes e imperativas, na esperança de gerar comportamentos alinhados com o padrão moral majoritário. Na tentativa de desestimular atitudes que se afastem do parâmetro reconhecido como aceitável, nega juridicidade a quem ousa afrontar o que está normatizado. Essa postura nega não só direitos. Nega a existência de fatos. Tudo que surge à margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a exclusão do sistema jurídico. Mas as situações da vida não desaparecem simplesmente porque o legislador não as regulamenta, e a única consequência é a exclusão de direitos.

3.3. Família e moral

Em nome da moral e dos bons costumes, a história do direito das famílias é uma história de exclusões, e, como diz Rodrigo da Cunha Pereira, em nome dessa moral, muita injustiça já se fez.[8]

Os exemplos são vários.

Basta lembrar a rejeição aos filhos "espúrios" que existia na legislação passada. A negativa de reconhecer os **filhos havidos fora do casamento** talvez seja o exemplo mais eloquente da tendência repressora do legislador, para impedir a procriação fora dos "sagrados laços do matrimônio". O resultado não podia ser mais cruel. A tentativa era estimular o cumprimento do dever de fidelidade e inibir a prática do crime de adultério. No entanto, o grande beneficiado era o próprio transgressor. Punido era o filho. Como não podia ser reconhecido, não tinha direito à identidade ou à possibilidade de reclamar do genitor que assumisse os encargos decorrentes do poder familiar. Em nome da preservação da paz familiar, os filhos concebidos fora do casamento eram condenados. Com isso acabava a lei obtendo um resultado oposto ao pretendido. Além de chancelar e incentivar a infidelidade, afrontava elementares princípios éticos.

Mas não é necessário remontar à legislação pretérita para evidenciar que nem sempre o legislador está atento à dignidade da pessoa. De forma desarrazoada, presume a lei que, a partir dos **70 anos**, ninguém mais tem plena capacidade, pois, se resolver casar, não pode escolher o **regime de bens** (CC 1.641 II). É impingido o regime da separação. Ou seja, negam-se consequências patrimoniais ao casamento. Não é admitida sequer a divisão dos bens amealhados durante a vida em comum, o que gera o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro. Não se pode olvidar que a convivência faz presumir a mútua colaboração, e vetar a divisão dos aquestos prejudica um do par.

A **jurisprudência** igualmente não resiste à sedutora arrogância de punir quem vive de maneira diversa do aceito pela moral conservadora. Buscando preservar a concepção de família afinada com o conceito de casamento, a tendência majoritária é ainda rejeitar efeitos às **famílias simultâneas**. Mas o simples fato de tais relacionamentos não estarem contemplados na lei não quer dizer que não existem. Como sempre, a condenação é de ordem patrimonial. Negar sua existência, as rotular de **concubinato adulterino** e alijá-las do direito das famílias significa premiar quem infringe o preceito monogâmico. E, ao se abandonar o ideal de justiça, é autorizado o enriquecimento sem causa, olvidando-se valor maior: a ética.

A excessiva rigidez normativa e a injustificada omissão da lei em regrar fatos alegadamente contrários à moral e aos bons costumes acaba, no mais das vezes, produzindo efeitos perversos. Por não gerarem qualquer ônus, posturas proibidas são incentivadas, transformando-se em fonte de injustificáveis e indevidos privilégios. A lei torna-se conivente com o infrator.

Todas essas vãs tentativas, no entanto, são insuficientes para arrefecer a velha mania do ser humano de buscar a felicidade. A justiça não pode ser nem tímida nem preconceituosa. Precisa encontrar saídas que não gerem enormes distorções.

3.4. Família e ética

É chegada a hora de enlaçar as relações afetivas - todas elas - no conceito de entidade familiar. A justiça precisa perder a mania de fingir que não vê situações que estão diante de seus olhos. A enorme dificuldade de visualizar como família as uniões que se afastam do modelo convencional é fruto de puro preconceito.

A dificuldade de extrair consequências jurídicas a determinados relacionamentos, pelo simples fato de não corresponderem ao modelo vigente de moralidade, não pode chancelar o enriquecimento

injusto. Houve uma sensível mudança quando foi inserido o **afeto** como traço identificador dos vínculos familiares.

Ainda que certos vínculos afetivos tenham originem em atitudes havidas por reprováveis, o juiz não pode se afastar do princípio ético que precisa nortear todas as suas decisões. Principalmente em sede de direito das famílias, deve estar atento para não substituir a ética por ultrapassados moralismos. Daí a importância vital da jurisprudência que, sensível às necessidades práticas postas pela comunidade, vai revelando princípios latentes no ordenamento e conferindo-lhes, com o passar do tempo, o necessário "polimento", até que eles adquiram uma compostura mais precisa.[9]

A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la. Deve permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela se adaptar. Daí o papel social do direito, do qual o juiz deve participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais e as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim (LINDB 5.º).[10] O juiz precisa estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos, econômicos e éticos dos fatos que lhe são submetidos.[11] Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o direito. Para aproximar-se do ideal de justiça, é necessário recorrer a um valor maior: a prevalência da ética sobre a moral.[12] Ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história.[13]

3.5. Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé dispõe de duas vertentes, ainda que distintas, não se excluem. Tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva encontram fundamento no **dever de confiança**. Enquanto a **boa-fé subjetiva** trata da confiança própria, a boa-fé objetiva diz com a confiança no outro. Por isso seu conceito é ligado à noção de **lealdade** e **respeito** à expectativa alheia. Alerta Luiz Edson Fachin que a lealdade é uma decorrência da boa-fé e confiança nas relações privadas, o que remete ao festejado **princípio da eticidade**.[14]

A boa-fé objetiva é definida como **cláusula geral** que impõe deveres de lealdade e **respeito à confiança** recíproca entre as partes de uma relação jurídica. O exercício do direito irregular consubstancia quebra da confiança e **frustração de legítimas expectativas**. A constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento do uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte.[15]

A proibição de comportamento contraditório está sintetizado no adágio: *nemopotest venire contra factum proprium.*[16] Tal significa que, se alguém se comporta em certo sentido não pode vir a contrariar, posteriormente, este comportamento inicial, lesando a legítima **confiança** despertada em outrem, sob pena de violação à boa-fé objetiva do outro. Segundo Cristiano Chaves de Farias, trata-se da **tutela jurídica da confiança**, que impõe o dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e às expectativas despertadas em alguém.[17]

Supressio é a perda, a supressão de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo. O retardamento em exercitar determinado direito faz surgir para o outro, uma justa expectativa. A quebra

da **expectativa** qualificada pelo tempo gera a **supressão** de situações jurídicas, impedindo o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso.

Surrectio é o surgimento de uma situação ou vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de determinado direito, cerceando a possibilidade de exercê-lo posteriormente.[18] A *supressio* se aproxima do *venire contra factum proprium*, por ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia.[19]

A boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu no âmbito do direito das obrigações, em um contexto negocial, mas acabou se alastrando a todas as relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada.[20] As relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. Trata-se de verdadeiro **dever jurídico** de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as relações de conteúdo pessoal, existencial. Caracteriza-se como regra de conduta externa, um dever das partes de se pautarem pela honestidade, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas.[21] A boa-fé é multifuncional. Quando se trata de relações existenciais, Cristiano Chaves diz que a confiança se materializa no **afeto**.[22]

Cabem alguns exemplos trazidos pela doutrina.

Na chamada **adoção "à brasileira"** é proibido o uso da ação negatória de paternidade por parte do pai que registrou voluntariamente o filho, sabendo que ele não é seu. Admitir a ação violaria a legítima confiança do filho. Tal comportamento afrontaria a boa-fé

objetiva incidente sobre aquela relação familiar, ou um dever mais amplo de solidariedade no âmbito da família.[23]

A vedação do enriquecimento sem causa coibido pela lei (CC 884) impede que seja aplicada a regra que determina a comunicabilidade dos bens até cinco anos depois da **separação de fato**, ainda que transferidos ao concubino (CC 1.642 V). Trata-se de dispositivo que afronta diretamente a boa-fé objetiva.[24]

A **infidelidade** viola a expectativa de construção de uma vida em comum, fundada na convivência monogâmica pautada na exclusividade da relação conjugal.[25]

De outro lado, as **famílias simultâneas** merecem reconhecimento como entidade familiar quando ocorre o atendimento recíproco, entre todos os componentes, dos deveres impostos pela boa-fé objetiva.[26]

Jones Figueirêdo faz instigante colocação sobre o **estelionato do afeto**, como a mais severa forma abusiva de direito, em afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade e da confiança, da assistência mútua e do respeito recíproco, e a todos os valores de ordem moral e jurídica que compreendem as relações familiares. Comete **abuso de direito** quem não exercita o seu direito de ser feliz sozinho e mantém uma união sob a falsa premissa de existência do amor. No cotidiano e no direito, a não afetividade do que deveria ser afetivo é o instrumento condutor de direito na família.[27]

A jurisprudência também invoca a proibição de ofensa à boa-fé objetiva para impedir a revogação de doação sem a comprovação da ocorrência de vício de consentimento.[28]

Leitura complementar

COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 15-28.

GURGEL, Fernanda Peçanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva.* Curitiba: Juruá, 2009.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional.* 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

PAULO, Beatrice Marinho. *Psicologia na prática jurídica* - A criança em foco. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

1

Rui Stoco, Abuso de direito e má-fé processual, 48.

2

Idem, 48.

3

Idem, 49.

4

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 56.

5

Sérgio Resende de Barros, A ideologia do afeto, 7.

6

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 27.

7

Sérgio Resende de Barros, A ideologia do afeto, 9.

8

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 51.

9

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 53.

10

Plauto Faraco de Azevedo, Aplicação do direito e contexto social, 149.

11

Oriana Magalhães Pinto, Considerações sobre o prisma da ética..., 16.

12

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 88.

13

Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas..., 16.

14

Luiz Edson Fachin, Famílias: entre o público e o privado..., 20.

15

Cristiano Chaves de Farias, Escritos de Direito e processo das famílias, 61. Pode vir contra o próprio ato.

16

Em tradução livre: ninguém pode vir contra o próprio ato.

17

Cristiano Chaves de Farias, A tutela jurídica da confiança..., 247.

18

Cristiano Chaves de Farias, Escritos de Direito e processo das famílias, 67.

19

Idem, 68.

20

Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no direito de família, 127.

21

Fernanda Pesanha do Amaral Gurgel, Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva, 93.

22

Idem, 250.

23

Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no direito de família, 140.

24

Cristiano Chaves de Farias, A tutela jurídica da confiança..., 252.

25

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 212.

26

Letícia Ferrarini, Famílias simultâneas..., 111.

27

Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no direito de família, 483.

28

"Ação de divórcio direto. Regime da separação obrigatória. Decretação do divórcio. Divergência com relação ao bem doado na constância do casamento. Vontade livre e consciente do autor, no momento da liberalidade. Boa-fé objetiva. *Venirecontrafactum proprium*. Nulidade. Impossibilidade. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido. O pedido não está fundado em vício de consentimento, mas em nulidade de ato. Contudo, não foi elencada a hipótese de nulidade

que eiva a doação (art. 145 do CC). *In casu*, o apelante não comprovou nenhum vício no ato praticado, capaz de dar ensejo à revogação da doação, fazendo-o de livre e espontânea vontade. Manifestação de vontade, contudo, que deve ser analisada no momento em que é feita. A liberalidade voluntária, sem vícios, vincula as partes. O desfazimento da doação ofende a boa-fé objetiva. *Venirecontrafactum proprium*. Teoria dos atos próprios" (TJBA, AC 00001791020118050041, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Augusto de Lima Bispo, j. 28/01/2013).

4. FAMÍLIA NA JUSTIÇA

SUMÁRIO: 4.1 Lei e família - 4.2 A jurisdição de família - 4.3 Interdisciplinaridade - 4.4 Mediação e conciliação - 4.5 Especialização - 4.6 Ações de família: 4.6.1 Ações litigiosas; 4.6.2 Ações consensuais - 4.7 Competência, 4.8 Questões probatórias; 4.9 Tutela provisória, de urgência, antecipada, cautelar e de evidência; 4.10 Recursos - 4.11 Ministério Público - 4.12 Defensoria Pública - Leitura complementar.

Referências legais: CF 5.º LVI; CPC 3.º §§ 1.º a 3.ª, 53 I e II, 178 II, 247 I, 248, 693 a 699, 710, 731 a 734, 1.048 I e II; Lei 13.140, de 20/06/2015 (Lei da mediação), Resolução 125/10 do CNJ.

4.1. Lei e família

O direito das famílias acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar. Essa série de atividades nada mais significa do que o compromisso do Estado de dar afeto a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações.

Como a finalidade da legislação é organizar a sociedade, a tendência é preservar as estruturas de convívio já existentes. O **legislador** não é afeiçoado a criar, inovar. Limita-se a estabelecer regras de conduta dotadas de sanção e não consegue se desapegar dessa função na hora de regular relações afetivas. A lei é retardatária, sempre vem depois. Daí a tendência de ser conservadora. Tenta impor limites, formatar comportamentos dentro dos modelos preestabelecidos pela sociedade, na busca de colocar moldura nos fatos da vida.

Quando não existe direito positivado, a função de apanhar o fato e conferir-lhe tutela jurídica, é delegada ao **Poder Judiciário**, que tem o dever de fazer Justiça. Esse é o papel social mais significativo que, historicamente, lhe é reservado. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.[1] O desafio do juiz moderno está em julgar com justiça, valendo-se dos princípios ético-jurídicos num balanceamento dos interesses em conflito.[2] Não lhe compete a simples aplicação das leis. É preciso aplicá-las de modo a encontrar o justo no caso concreto.[3]

Como precisa decidir sobre vida, dignidade, sobrevivência, não tem como simplesmente ditar, de maneira imperativa e autoritária, qual regra aplicar, encaixando o fato ao modelo legal. Em sede de direito das famílias não dá para amoldar a vida à norma. Mais do que buscar regras jurídicas é necessário que sejam identificados os **princípios** que regem a situação posta em julgamento, pois a decisão não pode chegar a resultado que afronte o preceito fundamental de **respeito à dignidade humana**. O processo deve ser informado por normas jurídicas e normas de conduta, sem perder de vista a necessidade de impor atitudes que respeitem a **ética**. De há muito o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético, voltado a pacificar com justiça.[4]

A valorização excessiva da norma jurídica ainda é uma realidade que impede colocar sob proteção a família e seus conflitos, em razão da impossibilidade de o direito positivo regulamentar as singularidades de cada arranjo familiar.[5] E, quando inexiste lei, tal não

significa ausência de direito. O silêncio do legislador não pode calar o juiz, que precisa julgar com o compromisso de fazer justiça.

4.2. A jurisdição de família

Rodrigo da Cunha Pereira não cansa de repetir que são os restos do amor que batem às portas do Judiciário. As peculiaridades que envolvem as questões familiares exigem que magistrados, promotores, advogados e defensores públicos sejam mais sensíveis, tenham uma formação diferenciada. Devem atentar para o fato de que trabalham com o ramo do direito que trata mais de perto com a pessoa, seus sentimentos, suas perdas e frustrações. Os profissionais do campo jurídico que atuam no delicado processo de desfazer o vínculo conjugal precisam ter consciência da importância da sua missão.[6] Quem não acompanha a evolução social, jurídica e científica do seu tempo se conduz em desarmonia com as necessidades das partes envolvidas no litígio, o que compromete sobremaneira a efetividade da prestação jurisdicional e causa um desserviço à sociedade.[7]

O juiz não pode esquecer que, ao se apaixonarem, as pessoas sentem ter encontrado a parte que lhes faltava e nada mais fazem do que projetar sobre o outro sua própria imagem ou a imagem de seu ideal - "inventa-se" o outro, agigantando suas qualidades e defeitos.[8] Assim, quando se rompe o sonho da plenitude da felicidade, as pessoas se confrontam com o desamparo, e partem em busca de um culpado. As separações acarretam perdas emocionais, lutos afetivos pela morte de um projeto a dois, pelo fim dos sonhos acalentados e não realizados.[9] Segundo Rodrigo da Cunha Pereira - que tão bem sabe conjugar direito e psicanálise -, as questões de direito das famílias estão sempre em torno do eterno desafio que é a essência da vida: dar e receber amor.[10] Quem vai ao Judiciário, na maioria das vezes, chega fragilizado, cheio de mágoas, incertezas, medos.

Precisa ser recebido por um juiz consciente de que deve ser muito mais um pacificador, um apaziguador de almas despido de qualquer atitude moralista ou crítica.[11] Em matéria de família, mais do que a letra fria ou o rigorismo do texto legal, a norma que deve ser invocada é a que apela à sensibilidade jurídica (LINDB 5.º): *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

O escoadouro das desavenças familiares são as **varas de família**, que estão superlotadas. O critério para atuar nessas varas não deveria ser merecimento ou antiguidade. Precisaria ser verificado o perfil do magistrado, promotor e defensor, os quais precisariam receber alguma qualificação antes de assumirem suas funções. É imprescindível a qualificação de forma interdisciplinar dos agentes envolvidos no conflito familiar para a compreensão das emoções e do grau de complexidade das relações das partes. Não basta o conhecimento técnico jurídico.

Todos precisam ter consciência da ascendência que possuem sobre as partes. Ocupam o lugar que é atribuído à lei, ao Estado, a quem as pessoas conferem o "lugar do suposto saber" ou do "grande pai", o qual sabe o que deve ou não autorizar, a quem e quando punir, a quem e como beneficiar ou proteger.[12] O juiz de família tem largo campo de **atuação discricionária** para a busca da almejada conciliação ou reconciliação das partes. Além da audiência preliminar, pode convocar as partes a qualquer tempo, sempre que vislumbre possível acerto amigável.

O tradicional papel do **advogado** litigante cede lugar ao advogado negociador, que, juntamente com o juiz conciliador, aponta ao interessado o modo mais conveniente para obter a solução do conflito que o aflige.[13] Ninguém, principalmente os que trabalham com a família, pode esquecer que o direito também é vida, é gente, é sociedade, é incessante e desesperada ânsia de alcançar o justo.[14]

No caso específico dos operadores do direito das famílias, a **ética da responsabilidade** assume dimensão especial na medida em que, com o processo de racionalização da sociedade moderna, as concepções de família são desencantadas.[15]

4.3. Interdisciplinaridade

Desde que Freud revelou ao mundo a existência do **inconsciente** e fundou a **psicanálise**, o pensamento contemporâneo ocidental tomou outro rumo. As ciências psicossociais coloriram o direito das famílias. Freud foi o grande responsável pela compreensão de um novo discurso sobre o **afeto**: a legalidade da subjetividade.[16] A psicanálise veio demonstrar que a objetividade dos fatos jurídicos está permeada de uma subjetividade que o direito não pode mais desconsiderar.[17]

Por isso, no âmbito das demandas familiares, é indispensável mesclar o direito com outras áreas do conhecimento que têm, na família, seu objeto de estudo e identificação. Nessa perspectiva, a **psicanálise**, a **psicologia**, a **sociologia**, a **assistência social** ensejam um trabalho muito mais integrado. O aporte interdisciplinar, ao ampliar a compreensão do sujeito, traz ferramentas valorosas para a compreensão das relações dos indivíduos, sujeitos e operadores do direito, com a lei.[18] Na tentativa de auxiliar a organização do conflito, os profissionais devem reconhecer o benefício do trabalho de cooperação com outras áreas do conhecimento, sob pena de se infringirem princípios maiores que gozam de garantia constitucional.[19]

Muitas vezes é impossível se formar um **juízo de convicção** sem o uso da interdisciplinaridade. Estudos realizados por assistentes sociais[20] e avaliações psicológicas são importantes ferramentas. No entanto, não cabe à Psicologia vestir a toga para cominar ou inocentar um afeto sem lei, como juiz que ela não é. Mas como ciência

que de fato é, cabe-lhe decifrar condutas - desdobramentos possíveis de impulsos e desejos - que se ocultam por trás dos elementos da causa jurídica.[21]

A dificuldade que ainda persiste é quando as partes residem em **comarcas ou estados diferentes** e as perícias acabam sendo realizadas por peritos distintos, que apresentam **laudos unilaterais**. Não há como um juiz decidir com base em laudos assim elaborados. Imperioso que a Justiça seja atenta à necessidade de assegurar meios para que seus auxiliares se desloquem para onde for necessário. Às claras que a surrada alegação de falta de recursos não pode servir de justificativa.

4.4. Mediação e conciliação

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado, principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos. A resposta judicial nunca corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar.

Como diz Ana Gerase, toda mudança gera temor. O novo assusta. Nem todos permitem um novo olhar, apegados ao modelo litigante absorvido lá, nos bancos escolares que, até hoje não aborda os diversos métodos de resolução de conflitos.[22] Certamente não há outro campo em que as **técnicas alternativas** para levar as partes a encontrar **solução consensual** apresente resultado mais efetivo do que no âmbito dos conflitos familiares: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Com

isso possibilita que seus membros configurem um novo perfil familiar.[23]

Mediação e conciliação não se confundem. A **mediação** busca transformar uma situação adversarial em um processo colaborativo, estimulando o diálogo e a construção criativa da solução pelas próprias partes.[24]É uma forma de solução de conflito na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo para que os mediandos construam, com autonomia e solidariedade, uma melhor solução.Já na **conciliação** o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra e imparcial com relação ao conflito. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

A mediação deve levar em conta o respeito aos sentimentos conflitantes, pois coloca os envolvidos frente a frente na busca da melhor solução, permitindo que, através de seus recursos pessoais, se reorganizem.[25] O mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas.

A mediação não é um meio substitutivo da via judicial. Estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes. Cuida-se da busca conjunta de soluções originais para pôr fim ao litígio de maneira sustentável. No dizer de Águida Arruda Barbosa, a mediação familiar interdisciplinar é uma abordagem ética, exigindo responsabilidade não apenas dos envolvidos no conflito, mas também de todos os profissionais do direito das famílias.[26]

A estes reclamos atentou o **Código de Processo Civil** (3.º § 1.º) ao consagrar a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual, para desafogar a justiça. Tanto o juiz pode determinar de ofício, como o Ministério Público, os advogados e os defensores podem, a qualquer tempo, requerer o uso de tais meios conciliatórios. Os tribunais devem criar **centros de solução consensual de conflitos**, para a realização de audiências de conciliação e mediação (CPC 165 a 175). Como é utilizado o verbo no futuro: "criarão", trata-se de imposição cogente. Esta determinação, inclusive, já havia sido determinada pelo CNJ.[27]

Todos os processos iniciam por uma **audiência de conciliação** (CPC 334 e 308 § 3.º), a ser conduzida por **conciliador** ou **mediador judicial**. A audiência não se realizará se alguma das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual (CPC 334 § 4.º I) ou quando a demanda não comportar a autocomposição (334 § 4.º II).

Na **inicial** deve o autor optar pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação (CPC 319 VII). Este dispositivo se contrapõe a outro (CPC 334 § 5.º): o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição. Assim cabe questionar: no silêncio do autor, deve o juiz determinar que emende a petição inicial, designa audiência de conciliação ou não a designa? Descabe determinar a complementação, por não se tratar de **requisito essencial** da inicial. Deste modo, no silêncio do autor, deve o juiz designar a audiência conciliatória. Se o autor declinar da autocomposição, descabe a designação da audiência, devendo o juiz determinar a citação do réu para contestar.

Designada a audiência, o réu deve manifestar seu desinteresse na sua realização, por petição, protocolada com 10 dias antes da audiência (CPC 334 § 5.º). A intimação do réu para a audiência de conciliação e mediação deve ser feita por oficial de justiça, devendo

o mesmo comparecer acompanhado de advogado ou defensor (CPC 250 IV).

Qualquer das partes pode constituir **representante**, não necessariamente o advogado, para a audiência, com poderes para negociar e celebrar acordo (CPC 334 § 10)

De todo descabido considerar como **ato atentatório à dignidade da justiça** o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência de conciliação, sujeitando o faltante ao pagamento de **multa** de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, importância que reverte em favor da União ou do Estado (CPC 334 § 8.º). Como a solenidade é presidida por um mediador, não pode ele impor tal penalidade. De outro lado, foge ao **princípio da razoabilidade** tal imposição à qual não se sujeita a parte que deixar de comparecer perante o juiz.

O prazo da contestação inicia-se na data audiência conciliatória ou da última sessão de conciliação ou mediação (CPC 335 I).

Nas ações de família, deve o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação (CPC 694). A audiência de mediação e conciliação pode dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual (CPC 696).

Constitui **título executivo extrajudicial** instrumento de transação referendado pelo conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal (CPC 784 IV).

Além da mediação e da conciliação judicial, é regulamentada a atividade de conciliadores, mediadores e de câmaras privadas de mediação (CPC 167).

Para atuarem como mediadores e conciliadores os candidatos precisam frequentar curso ministrado por entidade credenciada,

conforme parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com o Ministério da Justiça (CPC 167 § 1.º).

Deve haver um **cadastro federal** e um **cadastro estadual** composto exclusivamente por quem tiver obtido a devida certificação.

Ainda que se trate de atividade remunerada, um percentual de audiências serão realizadas *pro bono*, para o atendimento dos processos em que há gratuidade da justiça. Trata-se de contrapartida pelo cadastramento (CPC 169 § 2.º).

A **Lei da Mediação**[28] consagra como princípios: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé. Regulamenta a mediação judicial e a extrajudicial e regulamento o procedimento a se adotado.

Buscando desjudicializar os conflitos familiares, inovadora a medida adotada em São Paulo que autoriza tabeliães e oficiais do registro civil a lavrarem **atos de mediação e conciliação**.[29]

4.5. Especialização

Como diz João Baptista Villela, a justiça de família, tal qual a própria família, só pode ganhar ao se concentrar no que constitui o seu fazer específico, o que importa em tratamento mais adequado dos problemas submetidos à sua jurisdição.[30] Cada vez mais é imprescindível a intervenção interdisciplinar, uma vez que a decisão judicial não tem, por si só, o condão de sanar os conflitos afetivos dos envolvidos.[31]

As peculiaridades do direito das famílias, que diz com a vida afetiva das pessoas, impõem a criação de **varas especializadas**, matéria de competência afeta à organização judiciária. Alguns

tribunais também já contam com **câmaras especializadas** em direito das famílias e com o apoio de mediadores, que realizam sessões de conciliação, na instância recursal, na busca de soluções que melhor atendam aos interesses das partes.

A **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06 - LMP) criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e atribuiu-lhes competência cível e criminal para o processo, julgamento e execução das causas envolvendo a violência doméstica (LMP 14). Tais juizados devem contar com equipe de "atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde" (LMP 29). Enquanto não instalados esses juizados, foi atribuída competência às varas criminais e assegurado o direito de preferência (LMP 33).

4.6. Ações de família

O **Código Civil** dedica um livro ao direito das famílias. O **Código de Processo Civil** apenas um capítulo de escassos sete artigos para as demandas litigiosas (CPC 693 a 699) e quatro artigos para as ações consensuais (CPC 731 a 734). Dá tratamento destacado à execução de alimentos, constituída a obrigação judicial (CPC 528 a 533) ou extrajudicialmente (CPC 911 a 913). Ainda assim, deixa de assegurar a merecida agilidade às questões de família que batem às portas do Judiciário. Afinal, trata-se do mais sensível ramo do direito, a demandar **tutela diferenciada**, atenta e urgente. Mas já foi um avanço. O legislador buscou inspiração no projeto do **Estatuto das Famílias**, elaborado pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, que visa excluir o livro do Direito de Família do Código Civil emprestando-lhe tratamento individualizado em formato de microssistema.[32]

Ante os rumos atuais do direito das famílias, bem andou o estatuto processual a limitar a intervenção do **Ministério Público** às

ações em que existe interesse público, social ou de incapaz (CPC 178 I e II). Assim, em todas as demandas de família deixa de atuar quando da entrada em vigor do estatuto processual. Também não participa nem mesmo das ações em que sua presença está prevista no Código Civil. Tais regras restaram derrogadas pelo advento de lei mais recente.

A **legitimidade** das partes nas ações de família tem características próprias. Basta lembrar que na ação de divórcio são definidos alimentos aos filhos (CPC 731 IV), os quais não são parte no processo.

A própria **coisa julgada**, que tem assento constitucional (CF 5.º XXXVI), cede na busca à identidade dos vínculos de filiação, pois sua **relativização** está consagrada pela jurisprudência.

Tanto às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, como aos portadores de doenças graves, é assegurada **prioridade na tramitação** nos procedimentos judiciais e administrativos, em todas as instâncias (CPC 1.048). A tramitação prioritária independe de deferimento, devendo ser concedida diante da prova da condição do beneficiário (CPC 1.048 § 4.º). Mesmo com o falecimento da parte, prossegue a prioridade em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente (CPC 1.048 § 3.º).

Quando em vez fala a lei em **interesse público ou social**, quer para impor a participação do **Ministério Público** (CPC 178 I), quer para assegurar o **segredo de justiça** (CPC 189 I). Do mesmo modo, afasta o impedimento dos parentes para serem **testemunhas** quando houver interesse público ou se tratar de causa relativa ao estado da pessoa (CPC 388 parágrafo único). No entanto, estes são conceitos indeterminados, e não há consenso na doutrina e na jurisprudência sobre sua abrangência.

Outra expressão sem conteúdo determinado é **direitos indisponíveis**, cuja presença afasta os efeitos da **revelia** (CPC 345 II) e não vale a **confissão** das partes (CPC 392). Às claras que a

restrição remete às ações envolvendo os direitos à filiação e direitos hereditários enquanto vivo o titular do patrimônio, nada mais.

4.6.1. Ações litigiosas

O capítulo das **ações de família** disciplina as demandas litigiosas de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. No entanto, não se trata de **enumeração exaustiva**. Neste sentido o enunciado do IBDFAM.[33] Não há como excluir do rito especial demandas outras como, por exemplo, de anulação de casamento.

Já as ações de alimentos e as que versam sobre interesse de crianças ou adolescentes, foram relegadas à **Lei de Alimentos** (L 5.478/69) e ao **Estatuto da Criança e do Adolescente** (L 8.069/90). Ditas exceções só trazem problemas. Com relação à **ação de alimentos**, perdeu o legislador uma bela oportunidade de atualizá-la e agilizar o seu procedimento, que se encontra absolutamente fora do contexto atual, gerando, ainda, inúmeras dificuldades interpretativas. A ressalva de emprestar sobrevida à Lei de Alimentos é ainda mais surpreendente porque a **execução dos alimentos** está regulada na lei processual, revogando assim, parte de seus dispositivos. Teria andado melhor a lei processual se tivesse sido sepultado de vez uma lei editada no longínquo ano de 1969. Mais um fator complicador. Por exemplo, não há como decidir as questões da guarda sem estabelecer a obrigação alimentar. Nesta hipótese, que lei seguir?

O mesmo se diga quanto à remissão ao Estatuto da Criança e do Adolescente. As ações de guarda e visitação - expressões inclusive já em desuso, pois hoje se fala em direito de convivência - bem como as ações de filiação, não devem ser regidas por lei que diz com crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade (ECA 98). Certamente inúmeros conflitos de competência vão continuar sendo suscitados, o que só atrasa os processos que, constitucionalmente, devem gozar de prioridade absoluta.

Chama a atenção a permanência do revogado instituto da **separação**, na derradeira - mas vã - tentativa de ressuscitar o que morto está: a ação de separação judicial. A possibilidade do rompimento do casamento, com a mantença do vínculo conjugal, não mais existe. Em face da Emenda Constitucional 66/2010, que alterou o § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, a única forma de dissolução do casamento é o **divórcio**. Ainda assim, seis dispositivos usam a expressão separação (CPC 53 I, 189 II, 693, 731, 732 e 733) e somente um fala em **separação judicial** (CPC 23 III). Para não rotular de inconstitucionais tais dispositivos o melhor é reconhecer que a referência é à **separação de fato** que, ao ser decretada judicialmente, se chama **separação de corpos**. Não há outra leitura possível.

A grande novidade da lei processual é a **audiência preliminar de conciliação ou mediação**, a ser realizada em todos os processos de conhecimento (CPC 334). Porém, qualquer das partes pode manifestar desinteresse na sua realização (CPC 334 § 5.º). Nas demandas de família, depois de apreciado eventual pedido de **tutela provisória**, o juiz determina a citação do réu para comparecer à **audiência de mediação e conciliação** (CPC 695). A esta solenidade, não é facultado às partes dispensar sua realização. Também a eventual ausência não configura **ato atentatório à dignidade da justiça** e nem justifica a imposição de **multa** (CPC 334 § 8.º). Aliás, esta injustificável apenação é de duvidosa constitucionalidade. Até porque o juiz marca a sessão de conciliação ou mediação - e não audiência - e não a preside. Neste caso cabe questionar se teria o mediador ou o conciliador legitimidade para impor a multa.

A mediação dispõe de procedimento regido em lei própria (L 13.140/15). Apesar da referência ser ao juiz, o mediador ou o conciliador devem estar acompanhados de profissionais de outras áreas de conhecimento (CPC 694).

Para os processos em geral, a **citação** é feita, preferencialmente, pelo correio (CPC 247), mas nas ações de família a citação precisa ser **pessoal** (CPC 247 I e 695 § 3.º). A diferença de tratamento é para lá de injustificável. Com certeza o correio é mais ágil do que a diligência realizada por oficial de justiça. Há outra peculiaridade. No processo de conhecimento o réu deve ser **citado** com 20 dias de antecedência (CPC 334), enquanto para a audiência de família, o **prazo é de 15 dias** (CPC 695 § 2.º).

A mais marcante diferença das ações de família diz com a forma da **citação** (CPC 695 § 1.º). O mandado deve conter somente os dados referentes à audiência, desacompanhado da **cópia da petição inicial**. A previsão se afasta da regra geral em que o mandado de citação deve ser acompanhado da **contra fé** (CPC 248) A medida é mais do que salutar. O fato de o réu não conhecer os termos da inicial favorece o acordo e evita o acirramento dos ânimos. A novidade é festejada pela doutrina que a vê como uma possibilidade de se estabelecer um clima menos litigioso entre as partes. Mas há quem conteste a novidade, a rotulando até de inconstitucional.

Caso inexitoso o acordo, recebe o réu, na audiência, a contrafé, passando a fluir desta data o prazo de contestação, prosseguindo o processo pelo rito ordinário (CPC 697). Isto é bom porque livra o advogado do encargo de elaborar a contestação para a audiência.

O **comparecimento espontâneo** do réu supre a necessidade de sua citação, passando a fluir o prazo de resposta (CPC 239 § 1.º). No entanto, nas ações de família é facultado tanto ao réu como à seu procurador o direito de examinar a qualquer tempo seu conteúdo, sem que tal dê início ao prazo de contestação.

Nas ações de conhecimento o prazo para a conciliação ou mediação não pode exceder a **dois meses** (CPC 334 § 2.º). Quando o objeto da demanda diz com relações familiares, além da divisão da audiência em tantas sessões quantas sejam necessárias na busca de uma solução consensual (CPC 696), é possível a **suspensão do**

processo enquanto as partes se submetem à mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, sem limitação de prazo (CPC 694 parágrafo único).

A intervenção do **Ministério Público** está limitada às causas em que há interesse público ou social e quando existir interesse de incapaz (CPC 178). Porém, no âmbito das ações de família, somente a presença de incapazes justifica sua participação, pois não existe interesse público a preservar (CPC 698).

O último dispositivo é de todo desarrazoado. Autoriza o juiz a colher o depoimento pessoal nas demandas que envolvem **abuso** ou **alienação parental** (CPC 699). Ao invés de vetar que a escuta seja feita pelo magistrado, expressamente autoriza tal prática, ao determinar que o mesmo esteja acompanhado por um especialista.

A tendência em muitos países é proibir qualquer pessoa - até mesmo o magistrado - de ouvir a vítima, tarefa a ser desempenhada exclusivamente por um técnico. O chamado **Depoimento Sem Dano**, hoje intitulado de **Depoimento Especial**, criou um sistema de escuta que preserva a vítima e não subtrai o contraditório de seu depoimento. Certamente teria andado melhor o legislador se tivesse imposto a adoção de tal prática.

4.6.2. Ações consensuais

Entre os procedimentos de jurisdição voluntária estão previstas as ações consensuais de divórcio, separação, dissolução de união estável e alteração do regime de bens (CPC 731 a 734).

A normatização é das mais enxutas. Limita-se a exigir que a petição seja **assinada** por ambos os cônjuges ou companheiros, na qual deve constar: a descrição dos bens e a deliberação sobre a partilha; a disposição sobre pensão alimentícia entre as partes e com relação aos filhos, bem como o acordo relativo à guarda e ao regime de visitas. A **partilha** não precisa ser definida, podendo ocorrer

posteriormente, de forma amigável ou litigiosa, obedecendo o procedimento de partilha no processo de inventário (CPC 647 a 658).

A existência de filhos incapazes não impõe a ouvida do casal e, muito menos que, seja realizada audiência de ratificação. Neste sentido já vinha decidia o STJ.[34] A solução é bem-vinda diante da possibilidade de ser utilizada a via extrajudicial.

A falta de previsão do procedimento de **conversão da separação em divórcio**, não impede que seja buscada judicialmente. Mas as partes podem fazê-lo pela via extrajudicial.

A **via extrajudicial** é **facultativa**, mas é proibida se houver **nascituro** ou **filhos incapazes** (CPC 733). Sem a necessidade de homologação judicial, é título hábil para todos os atos: registros e levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (CPC 733 § 1.º). Às claras que o rol não é exaustivo.

A limitação de ocorrer a dissolução do casamento por **escritura pública** não atentou aos apelos da doutrina, que sempre questionou a exigência do uso da via judicial quando existirem descendentes não nascidos ou incapazes. Estando solvidas as questões referentes à prole, nada justifica a necessidade da chancela judicial, até porque não mais é realizada audiência para a decretação do divórcio.

De forma para lá de absurda é exigida a via judicial para a **alteração do regime de bens do casamento** (CPC 734). Ora, se os cônjuges, antes do casamento, podem livremente eleger o regime de bens, via escritura pública de pacto antenupcial, descabido que a sua alteração, durante o casamento, necessite de justificativa. Há mais. Só se pode reconhecer como um cochilo do legislador determinar a intimação do **Ministério Público** quando do recebimento da inicial (CPC 734 § 1.º). Além de as partes serem maiores e capazes, o objeto da demanda é exclusivamente de natureza patrimonial.

É necessária a publicação de **edital** e, somente após o decurso de 30 dias, o juiz profere a **sentença**, determinando sua **averbação** nos cartórios do Registro Civil e no de Imóveis. No caso de um dos cônjuges ser **empresário**, deve ocorrer a averbação também no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. As precauções são exacerbadas, pois expressamente ressalvados interesses de terceiros.

Porém, nada impede que os cônjuges se divorciem e casem novamente, elegendo o regime de bens que desejarem, sem a necessidade de se submeterem à ação judicial. Cabe atentar que na **união estável**, a modificação do regime de bens pode ocorrer extrajudicialmente, a qualquer tempo, mediante simples alteração no **contrato de convivência**.

4.7. Competência

Ainda que a origem do conflito seja uma só: o fim do amor, muitas são as controvérsias e contendas que daí surgem, principalmente quando do relacionamento nasceram filhos.

A proliferação de contendas acaba se refletindo no tema da competência. Há a tendência de reconhecer um **juízo universal**, de forma a concentrar todas as demandas perante o juiz do primeiro processo. As ações **conexas** devem ser reunidas para julgamento em conjunto (CPC 55 § 1.º). Mesmo inexistindo conexão, serão reunidos para **julgamento conjunto** quando há o risco de decisões conflitante ou contraditórias (CPC 55 § 3.º). Sob o prisma do jurisdicionado, a justiça revela maior eficiência e coerência quando, na medida do possível, destina ao núcleo familiar atenção personalizada.[35]

Desse modo, mesmo que um processo já esteja arquivado, melhor que a nova demanda seja distribuída ao mesmo juiz, embora não exista, eventualmente, identidade de partes ou afinidade de pedidos.

Há **unidade relacional** dos envolvidos a ensejar a distribuição ao mesmo juízo.

As peculiaridades das questões de família refletem-se nas normas de competência. A regra é a **competência territorial** (CPC 46): as ações devem ser movidas na comarca em que reside o réu. Em se tratando de demanda de **alimentos**, modifica-se a norma geral, devendo a ação ser proposta no domicílio ou residência do alimentando (CPC 53 II). É absoluto o privilégio do foro nas ações em que o **idoso** for parte (EI 80 e CPC 53 III e).

Nas ações envolvendo vínculos familiares, injustificadamente deixou a **mulher** de dispor de **foro privilegiado**. Vai na contra mão da **Lei Maria da Penha** que flexibiliza as regras de competência, deixando à vítima da violência doméstica a opção pelo foro do seu domicílio, do lugar do fato ou do domicílio do agressor (LMP 15).

Para as ações de **dissolução do casamento e de reconhecimento e dissolução da união estável** a competência é do domicílio do guardião do filho incapaz ou o último domicílio do casal. Se ninguém permanecer residindo no domicílio comum, a regra é a do domicílio do réu (CPC 53 I).

Uma advertência é necessária. As ações envolvendo **uniões paralelas** também devem tramitar nos juízos de família, ainda que a tendência seja reconhecer - equivocadamente - a presença de sociedade de fato.

4.7.1. Vara das Famílias ou da Infância e Juventude

Não é mais possível desvincular, diante da sistemática atual, o direito das famílias do direito de crianças e adolescentes. Ambos formam uma teia, um emaranhado de conexões que não pode ser desmembrado nos casos que são submetidos à apreciação do juízo de família.[36]

Sempre que é acionada a jurisdição, faz-se necessário identificar o juízo competente: vara de **família** ou **infância e juventude**. As questões de família são solvidas nos juizados especializados da família. O simples fato de disputas envolverem crianças não desloca a demanda para o juízo infanto-juvenil. Ainda que pais ou representantes se encontrem em conflito, não estando o filho afastado de uma estrutura familiar e nem se encontrando em situação de risco (ECA 98), o juízo é o da família. Assim, o que define a competência é a situação familiar em que se encontra a criança envolvida na demanda.

Esta distinção é fundamental principalmente em face do **prazo de recurso**. No Estatuto da Criança e do Adolescente, o prazo é de dez dias (ECA 198 II). Porém, já está por demais pacificado na jurisprudência que este prazo é tão só para as ações previstas no próprio Estatuto (ECA 155 a 197).

Em todas as demandas em que houver interesse de **crianças e adolescentes**, a competência é do domicílio do seu guardião (ECA 147 e CPC 50). A matéria foi sumulada pelo STJ.[37] Assim também a **ação investigatória de paternidade**,[38] mesmo não havendo pedido cumulado de alimentos.[39]

A **alteraçãododomicílio** é irrelevante para a determinação da competência (CPC 43), no entanto, o STJ vem mitigando esta regra.[40]

A representação de menores em juízo é feita por seu guardião. A **procuraçãojudicial** pode ser outorgada por instrumento particular, ainda que o menor seja **relativamentecapaz** e esteja assistido por seu responsável.

4.8. Questões probatórias

Rege o processo civil o **princípio dispositivo**, que preconiza a inércia do juiz. A propositura da ação e a definição do objeto litigioso dependem da iniciativa das partes, não podendo a sentença ultrapassar os limites da demanda (CPC 2.º, 141 e 492). No entanto, o juiz dispõe do **poder de instrução** (CPC 370): pode, de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, bem como tem o condão de restringi-las, limitando o número de testemunhas (CPC 357 § 7.º). Na apuração da verdade, ele não é - nem pode ser - mero espectador.[41] Na concepção mais moderna do processo, dispõe o magistrado de amplo espaço, podendo movimentar-se de forma bastante livre na busca da prova. No direito familiar, a prova merece tratamento especial, temperando-se os rigores de suas formalidades legais frente à peculiaridade do bem da vida em jogo e à presença de direitos indisponíveis.[42]

A divisão tarifada dos **encargos probatórios** (CPC 373) impõe ao autor a prova constitutiva dos seus direitos e ao réu o dever de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Porém, pode o juiz **inverter os ônus probatórios** (CPC 373 § 1.º), contanto que não gere encargo impossível ou excessivamente difícil (CPC 373 § 2º). É o que se chama de **distribuição dinâmica da prova** sem que se possa falar em **ativismo judicial**. Quando constatada a hipossuficiência econômica ou técnica de algum dos litigantes, é a forma de se concretizar a isonomia entre as partes, a partir dos princípios constitucionais de acesso à justiça e tratamento igualitário.[43]

Como os tabeliães dispõem de **fé pública**, podem lavrar **atas notariais** (CPC 384), para levar a juízo a comprovação de fatos, como mensagem de celulares, transcrição de conversas telefônicas. Inclusive é possível conduzir o tabelião a determinado lugar para que ele certifique a situação de determinada circunstância ou de algum

bem. A certificação levada a efeito enseja a **inversão do ônus da prova**.

Apesar da expressa vedação constitucional (CF 5.º LVI), na seara do direito das famílias, travam-se grandes embates sobre a utilização de **provas ilícitas**, principalmente diante dos avanços no campo da informática. A tendência é não admiti-las. A preservação da intimidade de cada um, da dignidade e do sigilo das comunicações torna as relações familiares imunes ao uso de provas obtidas por meios ilícitos.[44] Mas, ainda que o processo seja um instrumento ético, o que recomenda ponderação na análise da prova ilícita, há que se atentar ao **princípio da proporcionalidade**, podendo algumas provas ser admitidas, quando relevantes e evidenciado ser a única maneira de a parte provar sua pretensão. Principalmente nas demandas envolvendo o interesse de crianças e adolescentes, é possível relativizar a proibição constitucional do uso da **prova ilícita**.

Quanto à **interceptação telefônica**, cabe distinguir. A escuta e o registro de conversa por um dos interlocutores não configuram ilícito, ainda que o outro não tenha conhecimento de sua ocorrência. Do mesmo modo, o acesso a **mensagens eletrônicas** não viola o sigilo da correspondência quando obtidas do computador de uso da família.[45] No entanto, meros interesses patrimoniais não autorizam a interceptação de comunicações, em face das garantias fundamentais ligadas à intimidade ao devido processo legal.[46]

Como a profissão de **detetive particular** não é proibida, e a contratação de seus serviços não é ilícita, não havendo perturbação à intimidade do investigado, possível aceitar tais provas. Como exemplo, o flagrante obtido em lugares públicos.

No âmbito das questões probatórias, dividem-se os juízes, sobre admitir ou não a indicação de **assistente técnico** e a formulação de **quesitos** quando determinada a avaliação psicológica e estudo social. Sob a justificativa de que não se trata de uma **perícia**, mas de

meio para o magistrado formar sua convicção, o processo é encaminhado ao setor de serviço psicossocial, sem a nomeação de um perito. Conforme alerta Fernanda Tartuce, tal postura flagra evidente violação não só às garantias processuais, mas também às garantias constitucionais do devido processo legal, especificamente no tocante ao contraditório e ampla defesa.[47]

4.9. Tutela provisória, de urgência, antecipada, cautelar e de evidência

A urgência que envolve as demandas de família e as peculiaridades individuais de cada processo exige tutela diferenciada, respostas imediatas e soluções rápidas. É nesta sede que o **direito fundamental à razoável duração do processo** (CF 5.º LXXVIII), tem mais relevo, como forma de dar efetividade à temática familiarista.[48] No entanto, o CPC não atentou a esta peculiaridade. Apesar de ter concedido um título às ações de família (CPC 693 a 699) esqueceu-se de dar especial atenção às demandas cuja urgência tem características existenciais.

A **tutela provisória** (CPC 294 a 311 compreende a tutela de evidência e a de urgência (CPC 294). Tanto a tutela provisória de urgência como as tutelas cautelar e antecipada podem ser deferidas em caráter **antecedente**, em procedimento autônomo (CPC 294 parágrafo único). Também podem ser requeridas **incidentalmente** conservando sua eficácia durante a tramitação do processo (CPC 295 e 296).

Como explica José Miguel Garcia Medina, em sentido amplo, a expressão **perigo de demora** (*periculum in mora*) é usada tanto para se afirmar que **a tutela de urgência** é concedida para evitar **dano** decorrente da **mora processual**, como quando se está diante de uma **situação de risco**, a impor a concessão de **medida de emergência** para evitar **dano iminente**. O perigo de dano e o perigo de

demora muitas vezes se manifestam concomitantemente. As duas formas de dano podem se tocar e até se confundir, pois o perigo de dano (referente à relação de direito material) pode ser agravado pela demora processual (que tem mais a ver com a mora na prestação jurisdicional). Ainda assim, em termos absolutos, não é possível vincular o perigo de dano à **tutela antecipada** e o perigo de dano à **tutela cautelar**.[49]

A **tutela de urgência** pode ser considerada gênero das quais a **tutela cautelar** e a **tutela antecipada** são espécie. Enquanto a tutela antecipada é **satisfativa**, a cautelar é **conservativa**. A tutela antecipada apenas antecipa os efeitos da própria tutela, não amplia o objeto litigioso. Ainda que não seja satisfativa, permite a parte viver como se já tivesse vencido.[50] A tutela cautelar contém pedido diferente do pedido principal.

A tutela de urgência abarca tanto o **perigo de dano**, em que se antecipam os efeitos da sentença, através de **cautelar satisfativa**, quanto as providências cautelares não satisfativas em face do perigo de **demora processual**. É concedida quando há elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CPC 300). Sua concessão pode ser condicionada à prestação de **caução idônea**, chamada de **contra-cautela** (CPC 300 § 1.º).

Não é concedida a tutela de urgência de **natureza antecipatória** quando houver risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão (CPC 300 § 3.º). É o que se chama de ***periculum in mora inverso***. A hipótese de irreversibilidade é quase sempre extremada. Não se considera irreversível o efeito, quando é possível a conversão em perdas e danos.[51]

O rol das medidas cautelares é somente exemplificativo (CPC 301): arresto, sequestro, arrolamento de bens etc., ao ser usada a expressão **bem como qualquer outra medida** idônea à

asseguração do direito. A tutela inibitória passou a chamar-se de **tutela contra o ilícito** (CPC 497 parágrafo único).

Quando a situação de urgência for **concomitante** ao ajuizamento da ação, o autor pode se limitar a requerer a antecipação da tutela final (CPC 303). Deferida a liminar, deve o autor **aditar** a petição inicial (CPC 303 § 1.º). Se não for concedida a liminar, deve **emendá-la** (CPC 303 § 6.º), duas expressões que têm o mesmo significado.

Todos estes conceitos são tão intrincados que a lei admite a **fungibilidade**: pedida tutela antecipada ou medida cautelar de forma equivocada, deve o juiz receber uma pela outra (CPC 305 parágrafo único).

A **tutela de evidência** dispensa a urgência e tem índole **antecipatória**,[52] Independe da demonstração de perigo ou de risco ao resultado útil do processo (CPC 311).

Os **recursos** das decisões que confirmam, concedem ou revogam tutela antecipada, são recebidas somente no **efeito devolutivo** (CPC 1.012 § 1.º V).

Tanto na **ação de divórcio** como em sede de medida cautelar de **separação de corpos**, é cabível a **fixação liminar de guarda**, mesmo que provisória (CC 1.585). A decisão deve ser proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar.

As pretensões urgentes que decorrem da prática de **violência doméstica** dispõem de ágil mecanismo. Comparecendo a vítima perante a autoridade policial, feito o registro da ocorrência e solicitadas medidas protetivas de urgência, o expediente é encaminhado à justiça em 48 horas (LMP 12 III). O destino são os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Porém, enquanto não forem instalados, o juízo competente é o da vara criminal (LMP 33).

O juiz dispõe do mesmo prazo de 48 horas para apreciar o pedido (LMP 18 I).

4.10. Recursos

Modo frequente, as ações de família compreendem um feixe de demandas: divórcio, alimentos, regime de convivência, partilha de bens. É possível haver acordo ou decisão sobre uma dessas demandas, prosseguindo o processo quanto as demais. Dita possibilidade é denominada de **sentença parcial** (CPC 490). Desse modo, o recurso pode dispor de efeitos diversos. Decretado o divórcio, cingindo-se o recurso ao tema dos alimentos, a apelação quanto ao divórcio é recebida no duplo efeito e, no que diz com os alimentos, só no efeito devolutivo.

Como o Código de Processo Civil não atenta às especificidades das demandas de família, é impositivo que o magistrado tenha sensibilidade para se afastar da cega aplicação das regras legais de modo a assegurar a mais eficiente proteção à parte e a seus direitos, que se revestem de características de essencialidade à vida e à liberdade, principalmente quando envolvem crianças e adolescentes. Exemplo disso diz com o **prazo recursal**.

As decisões judiciais que põem fim ao processo, quer o extinguindo (CPC 316), quer apreciando o mérito, desafiam recurso de **apelação** (CPC 1.009). A regra é o recurso de apelação ser recebido nos efeitos **suspensivo** (CPC 1.012) e **devolutivo** (CPC 1.013). Mas há exceções. No âmbito do direito de família, não se suspende a condenação a **prestar alimentos** (CPC 1.012 II) e o decreto da **curatela** (CPC 1.012 VI). A justiça, no entanto, há muito já havia alargado este conceito, emprestando efeito meramente **devolutivo** a toda e qualquer sentença que envolva alimentos. Tanto a majoração como a redução e até a exoneração do encargo alimentar produz efeito a partir da publicação da sentença.

Fora dessas hipóteses pode o recorrente requerer diretamente ao Tribunal a concessão de efeito suspensivo (CPC 1.012 § 3.º), sempre que demonstrar a probabilidade de o provimento do recurso ou o risco de dano grave ou de difícil reparação (CPC 1.012 § 4.º).

Das **decisões parciais** (CPC 354 parágrafo único) bem como das **decisões interlocutórias** elencadas taxativamente (CPC 1.015) cabe **agravo de instrumento**. Também em sede de agravo de instrumento o relator pode atribuir efeito suspensivo ao deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal (CPC 1.019 I).

As decisões que não se comportam no rol, não se sujeitam à **preclusão** e a forma impugnativa é a apelação, a ser interposta quando do julgamento da sentença (CPC 1.009 § 1.º).

O ECA estabelece o **prazo de 10 dias** (ECA 198 II), mas a jurisprudência vem aplicando esta regra somente aos procedimentos especiais que regulamenta , e não a todas as ações que o Estatuto é invocado (ECA 152 a 197).[53]

4.11. Ministério Público

A jurisdição é uma atividade que depende da iniciativa da parte não sendo admitido ao juiz agir de ofício. Porém, há situações em que o Estado não pode se quedar inerte, por isso admite a atuação de instituição integrante de sua estrutura política. O direito de agir do Estado é o que legitima o Ministério Público. A Constituição traça limites divisórios claros entre o âmbito de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública. O Ministério Público atua na defesa de **interesses sociais ou individuais indisponíveis** (CF 127) e na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (CPC 176).

Quando o Ministério Público toma a iniciativa de provocar a jurisdição, na condição de autor, exerce o **direito de ação**, atuando como **órgão agente** (CPC 177). A depender da natureza dos interesses tutelados, é intimado para intervir como **fiscal da ordem jurídica**, nos processos em que existe **interesse público ou social** (CPC 178 I).

Em sede de direito das famílias é indispensável sua presença exclusivamente nas ações que envolvem **interesse de incapaz** (CPC 178 II e 698), a **não participação** do Ministério Público em todas as fases da ação leva à **nulidade do processo** (CPC 279 e ECA 204). No entanto, a nulidade só é decretada se o agente ministerial se manifestar pela existência de prejuízo (CPC 279 § 2.º). Apesar de se tratar de **nulidade absoluta**, prestigia-se a instrumentalidade do processo e a ausência de prejuízo.

O **Código Civil**, no livro do direito das famílias, faz escassas referências à atuação do Ministério Público. Como o Código de Processo Civil é posterior, subtraiu algumas legitimidades do agente ministerial que lhe outorgava a lei civil.. Assim, o Ministério Público não é mais ouvido na **habilitação de casamento** (CC 1.526) e não tem mais legitimidade para promover ação de **anulação de casamento** (CC 1.549). Também não mais lhe cabe se manifestar sobre o pedido de alienação (CC 1.717), extinção ou sub-rogação (CC 1.719) de **bem de família**. Persiste sua atuação em caso de abuso de autoridade por parte dos pais, quando pode requerer a adoção de medida protetiva ou a suspensão do **poder familiar** (CC 1.637) e a nomeação de **curador especial**, quando colidir o interesse dos pais com o dos filhos (CC 1.692).

O Ministério Público somente tem legitimidade para propor **ação de curatela** de incapaz (CC 1.768 III e 1.769) ou ser defensor do interditando (CC 1.770), nos casos de **deficiência mental ou intelectual grave** (CPC 747 IV, 748 e CC 1.769 I). Nos demais casos intervém como **fiscal da ordem jurídica** (CPC 752 § 1.º). Também tem

legitimidade para: pedir o **levantamento da curatela** (CPC 756 § 1.º): requerer a **remoção do tutor e do curador** (CPC 761); promover a **execução** (CPC 778 § 1.º I); referendar o instrumento de **transação** (CPC 784 IV); suscitar **conflito de competência** (CPC 951 parágrafo único); e para propor **ação rescisória** (CPC 967 III).

O **Código de Processo Civil** determina a **intimação pessoal** do representante do Ministério Público, que tem **prazo em dobro** para se manifestar (CPC 180). Nas **ações de família** sua atuação se restringe às demandas em que existir **interesse de incapaz** (CPC 178 II e 698). Tem o dever de: estimular a **conciliação, a mediação** e outros métodos de solução consensual de conflitos (CPC 3º § 3º); suscitar a **incompetência relativa** (CPC 65 parágrafo único); propor incidente de **desconsideração da personalidade jurídica** (CPC 133) e ser ouvido previamente à homologação do acordo (CPC 698). Na ação de **alteração de regime de bens**, demanda de exclusivo interesse patrimonial, estranhamente o Ministério público deve ser intimado quando do recebimento da inicial (CPC 734 § 1.º).

O instrumento de **transação** referendado pelo Ministério Público constitui **título executivo extrajudicial** (CPC 784 IV).

Algumas competências são atribuídas ao Ministério Público em leis extravagantes. O **Estatuto da Criança e do Adolescente** dedica-lhe um capítulo (200 a 205). Deve oficiar em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude (201 III). Atua tanto como parte como na condição de fiscal da lei, devendo sempre ser **intimado pessoalmente** (203). No âmbito da jurisdição de família, dispõe de significativos poderes, no que respeita à guarda (35), à adoção (50 § 1.º), à perda ou suspensão do poder familiar (155), aos alimentos, à nomeação e à remoção de curadores e guardiães (201 III). Dispõe também de amplos poderes investigatórios, devendo zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados a crianças e adolescentes (201 VIII). Tem livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente (201 § 3.º). A

legitimação do Ministério Público é concorrente, sendo meramente exemplificativo o rol legal de suas atribuições.

Segundo o **Estatuto do Idoso** (Lei 10.741/03.) é obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os processos, sob pena de **nulidade absoluta** (77). O agente ministerial dispõe de legitimidade para atuar como **substituto processual** (74 III) sempre que o idoso se encontrar em situação de risco (43). A obrigação alimentar, mediante acordo referendado pelo agente ministerial, constitui **título executivo** a autorizar o uso do processo de execução (13). A via executória pode ser o da **prisão do devedor** (CPC 911 parágrafo único).

Em sede de **violência doméstica** a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) determina a participação do Ministério Público tanto nas ações cíveis como nas criminais (25). Dispõe de legitimidade para agir como parte na condição de **substituto processual** (19 § 3.º e 37) e como **fiscal da lei** (25 e 26 II). Deve ser intimado das medidas protetivas aplicadas (22 § 1.º), podendo requerer outras providências (19) ou a substituição por medidas diversas (19 § 3.º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, o promotor precisa estar presente na audiência designada para tal fim (16). Pode requerer a prisão preventiva do agressor (20). Igualmente lhe cabe exercer a defesa dos interesses e direitos transindividuais (37). Deve manter cadastro dos casos de **violência** doméstica (26 III).

A **Lei de Alimentos** (Lei 5.478/68) determina a participação do agende ministerial na audiência (9.º), dispondo de espaço para apresentar alegações finais (11), quando atua como fiscal da lei. Dispõe de legitimidade para recorrer[54] e buscar o cumprimento da sentença ou a execução (CPC 911 a 913). Às claras que tal intervenção só cabe quando houver interesses de crianças, adolescentes ou incapazes, tendo legitimidade inclusive para propor a ação (ECA 201 III), pouco interessando a existência, ou não, de serviço de gratuidade judiciária.[55]

Quando o **procedimento de averiguação oficiosa da paternidade** não levar ao reconhecimento da filiação, compete ao Ministério Público propor ação de investigação de paternidade (L 8.560/92 2.º § 4.º).

A **Lei da Mediação** (Lei 13.140/15) determina a ouvida do Ministério Público sempre que o consenso envolver direitos indisponíveis, mas transigíveis (3.º § 2.º).

4.12. Defensoria Pública

A **Defensoria Pública** atua na proteção de **interesses de pessoas carentes** (CF 134) e exerce a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados (CPC 185). Cabe à Defensoria Pública exercer a curatela especial (CPC 72 parágrafo único).

Todos os Estados possuem Defensoria Pública bem estruturada e organizada, mas nem todas as comarcas são servidas de defensores públicos. Assim, pode ser firmado convênio com escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito e com entidades que prestam assistência jurídica gratuita (CPC 186 § 3.º). Do mesmo modo dispõe de legitimidade para agir na defesa do interesse de incapazes, inclusive perante os tribunais superiores.[56]

Os defensores gozam de **prazo em dobro** para todas as suas manifestações processuais (CPC 186), devendo ser intimado **pessoalmente** (CPC 186 § 1.º).

O defensor pode requerer que o juiz promova a **intimação pessoal da parte** (CPC 186 § 2.º).

Quando a parte for representada pela Defensoria Pública, não é preciso a juntada de **procuração** (CPC 287 II).

Em sede de cumprimento da sentença o devedor representado pela Defensoria Pública deve ser intimado por **carta com aviso de recebimento** (CPC 513 § 2.º II).

O instrumento de **transação** referendado pela Defensoria Pública constitui **título executivo extrajudicial** (CPC 784 IV).

Leitura complementar

ARAÚJO, Sandra Baccara. *Pai, aproxima de mim esse cálice*: significações de juízes e promotores sobre a função paterna no contexto da Justiça. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2010.

CARVALHO, Newton Teixeira. A mediação no direito das famílias: superando obstáculos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, vol. 29, p. 54-73, 2012.

DIDIER JR., Fredie. A participação das pessoas casadas no processo. Disponível em: [www.frediedidier.com.br/artigos/a-participacao-das-pessoas-casadas-no-processo/]. Acesso em: 15 dez 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A prova ilícita no processo civil das famílias a partir do garantismo constitucional. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 101-117.

LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz. In: ______; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família:* novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 .

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RANGEL, Rafael Calmon. Pedidos implícitos nas ações familistas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun. p. 55-66.

1

Christiano Cassettari, Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:..., 143.

2

Oriana Magalhães Pinto, Considerações sobre o prisma da ética..., 16.

3

Plauto Faraco de Azevedo, Aplicação do direito e contexto social, 153.

4

Rui Stoco, Abuso de direito..., 13.

5

Eliene Ferreira Bastos, Uma visão de mediação familiar, 142.

6

Lenita Pacheco Lemos Duarte, A guarda dos filhos na família em litígio:..., 202.

7

Maria Regina Fay de Azambuja, A criança no novo direito de família, 288.

8

Maria Antonieta Pisano Motta, Além dos fatos e dos relatos:..., 44.

9

Idem, 41.

10

Rodrigo da Cunha Pereira, Direito, amor e sexualidade, 59.

11

Fátima Nancy Andrighi, Juizado especial de família, 182.

12

Maria Antonieta Pisano Motta, Além dos fatos e dos relatos:..., 43.

13

Silvio Venosa, Direito civil: direito de família, 26.

14

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 12.

15

Denise Duarte Bruno, Balizando sociologicamente a questão da ética..., 500.

16

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 17.

17

Rodrigo da Cunha Pereira, Pai, por que me abandonaste?, 219.

18

Giselle Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de família e psicanálise, 12.

19

Eliene Ferreira Bastos, Uma visão de mediação familiar, 145.

20

Decisão proferida pela Justiça Federal, em ação civil pública, decretou a nulidade da Resolução do 559/09-CFESS que vedava aos assistentes sociais, na qualidade de perito judicial ou assistente técnico, prestarem depoimento como testemunha ou darem informações sobre fatos presenciados ou que tomaram

conhecimento (TRF 4.ª, AC 5025867-78.2012.404.7100, Juíza Federal Lívia de Mesquita Mentz, j. 02/07/2014).

21

Viviane M. Ciambelli, Impacto da alienação parental nas avaliações..., 211.

22

Ana Gerbase, Lidando com os conflitos..., 31.

23

Argene Campos e Enrica Gentilezza de Brito, O papel da mediação..., 321.

24

Maria de Fátima Almeira, A mediação como método de resolução..., 136.

25

[25] Eliene Ferreira Bastos, Uma visão de mediação familiar, 147.

26

Águida Arruda Barbosa, Mediação e linguagem, 65.

27

CNJ Resolução 125/10.

28

Lei 13.140/15.

29

[29] Prov. CG 17/2013.

30

João Baptista Villela, Repensando o direito de família, 29.

31

Maria Claudia Crespo Brauner e Maria Regina Fay de Azambuja, A releitura da adoção..., 41.

32

O projeto original (PL 2.285/07) foi aprovado na Câmara dos Deputados e reapresentado no Senado (PLS 470/2013), encontrando-se o seu texto disponível no site www.ibdfam.org.br

33

Enunciado 19 do IBDFAM: O rol do art. 693 do Novo CPC é meramente exemplificativo, e não taxativo.

34

Processual civil. Civil. Recurso especial. Família. Ação de divórcio consensual direto. Audiência para tentativa de reconciliação ou ratificação. Inexistência. Divórcio homologado de plano. Possibilidade. Recurso desprovido. 1. Em razão da modificação do art. 226, § 6.º, da CF, com a nova redação dada pela EC 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação. 3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo. 4. Ainda que a CF/88, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/88, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e relembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto. 5. Não cabe, in casu, falar em inobservância do Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas sim apenas e somente interpretação sistemática dos dispositivos legais versados acerca da matéria. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1.483.841 - RS (2014/0058351-0), 3.ª T. Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17/03/2015).

35

[35] Fernanda Tartuce, Uma família, várias demandas:..., A12.

36

Maria Regina Fay de Azambuja, A criança no novo direito de família, 288.

37

Súmula 383 do STJ: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

38

Súmula 1 do STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

39

Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de pensão por morte. Alimentos implícitos. Competência. Foro do domicílio do menor. 1. Na investigação de paternidade, o pedido de alimentos pode vir de modo implícito, pois decorre da lei, sendo mero efeito da sentença de procedência do reconhecimento da relação de parentesco. Precedentes. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1.197.217/MG, 3.ª T., Rel. Des. convocado do TJRS Min. Vasco Della Giustina, p. 22/02/2011).

40

Conflito negativo de competência. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c guarda de filho. Melhor interesse do menor. Princípio do juízo imediato. Competência do juízo suscitante. 1. Debate relativo à possibilidade de deslocamento da competência em face da alteração no domicílio do menor, objeto da disputa judicial. 2. Em se tratando de hipótese de competência relativa, o art. 87 do CPC institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*), evitando-se, assim, a alteração do lugar do processo, toda a vez que houver modificações supervenientes do estado de fato ou de direito. 3. Nos processos que envolvem menores, as medidas devem ser tomadas no interesse desses, o qual deve prevalecer diante de quaisquer outras questões. 4. Não havendo, na espécie, nada que indique objetivos escusos por qualquer uma das partes, mas apenas alterações de domicílios dos responsáveis pelo menor, deve a regra da *perpetuatio jurisdictionis* ceder lugar à solução que se afigure mais condizente com os interesses do infante e facilite o seu pleno acesso à Justiça. Precedentes. 5. Conflito conhecido para o fim de declarar a competência do Juízo de Direito de Carazinho/RS (juízo suscitante), foro do domicílio do menor. (STJ, CC 114.782/RS, 2ª S., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/12/2012).

41

Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo: o que deve prevalecer?, 136.

42

José Carlos Teixeira Giorgis, O direito de família e as provas ilícitas, 170.

43

Caetano Lagastra Neto, Diálogos de um juiz, 283.

44

Lourival Serejo Sousa, As provas ilícitas no direito de família, 65.

45

Fernanda Tartuce, Processo civil aplicado ao direito de família, 99.

46

Ermiro Ferreira Neto, Interceptação telefônica no âmbito do direito das famílias, 84.

47

Fernanda Tartuce, Processo civil aplicado ao direito de família, 113.

48

Rodrigo Toscano de Britto, Situando o direito de família..., 835.

49

José Miguel Garcia Medina, Novo código de processo civil comentado, 472.

50

José Miguel Garcia Medina, Novo código de processo civil comentado, 456.

51

José Miguel Garcia Medina, Novo código de processo civil comentado, 476.

52

José Miguel Garcia Medina, Novo código de processo civil comentado, 473.

53

[53] Agravo de instrumento. Ação de adoção com guarda compartilhada e regulamentação do direito à convivência familiar. Insurgência da parte agravante contra decisão que deixou de receber o recurso de apelação interposto. Certidão cartorária indicando a intempestividade do apelo, na forma do art. 198, ii, do eca. Jurisprudência do stj no sentido de que aludido prazo aplica-se somente aos procedimentos especiais previstos nos arts. 152 a 197 do eca. As partes mantiveram união homoafetiva pelo período aproximado de cinco anos e, após um ano de relacionamento, decidiram conjuntamente a concepção de um filho, sendo a agravada a mãe biológica. Em contestação, a requerida informa que concorda expressamente com o pleito apresentado por sua ex- companheira no sentido da adoção de K.G.M.C., especialmente por existir filiação socioafetiva. De fato, não se está diante de nenhum dos procedimentos especiais previsto nos arts. 152 a 197 do ECA. Ao contrário, cuida-se de demanda que tramita pelo rito ordinário, razão por que incide o prazo geral previsto no art. 508 do Código de Processo Civil. Provimento do recurso por decisão monocrática. (TJRJ, AI 0049775-91.2014.8.19.0000, 17.ª C. Cív., Rel. Des. Flávia Romano de Rezende, j. 01/10/2014).

54

Súmula 99 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

55

Cristiano Chaves de Farias, A legitimidade do Ministério Público..., 49.

56

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Ministério Público dos Estados. Legitimidade recursal no âmbito do STJ. Nova orientação jurisprudencial. Ação de alimentos. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 201, III, do ECA. Possibilidade. Serviço de Defensoria Pública prestado apenas duas vezes na semana na comarca situada no interior do Estado da Bahia. Precedente específico da 3ª turma do STJ. 1. O Ministério Público dos Estados possui legitimidade para atuar perante os Tribunais Superiores, devendo o Procurador-Geral de Justiça ser intimado pessoalmente das decisões de seu interesse. (...) 3. "No caso em tela, os autos revelam tratar-se de menor com poucos recursos, que reside em uma Comarca prejudicada pela deficiente estrutura

estatal, na qual só existe Defensoria Pública em certos dias da semana conforme declarou o próprio defensor público, conforme transcrição do Acórdão. Assim, é evidente a dificuldade de localização de advogados que patrocinem os interesses dos jurisdicionados hipossuficientes, de modo que negar a legitimidade do recorrente somente agravaria a já difícil situação em que se encontra o menor, carente e vulnerável" (AgRg no REsp 1.245.127/BA, 3.ª T., Min. Sidnei Beneti, *Dje* 07/12/2011). (...) (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.262.864/BA , 3.ª T., Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, j. 13/05/2014).

5. CULPA

SUMÁRIO: 5.1 Culpado ou inocente? - 5.2 Anulação do casamento - 5.3 Separação - 5.4 Nome - 5.5 Alimentos - 5.6 Sucessão.

Referências legais: CC 1.564, 1.572, 1.573, 1.578, 1.694 § 2.º, 1.702, 1.704 e 1.830.

5.1. Culpado ou inocente?

A apenação de um culpado só têm significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não há motivos que leve o Estado a perseguir culpados e, muito menos, tentar puni-los. A culpa dispôs de espaço próprio no âmbito do direito penal. No direito comercial e no direito civil, cabe ser perquirida tão só na órbita obrigacional e contratual, em que o agir está ligado a um ato de vontade.

A família, cantada e decantada como *cellulamater* da sociedade, é alvo da especial proteção do Estado (CF 226). O histórico interesse em preservar o casamento fez o instituto da culpa migrar para o âmbito do direito das famílias. A tentativa sempre foi desestimular sua dissolução, intimidando os cônjuges com a inquirição de culpas e identificação de culpados, acabando por aplicar penas, no mais das vezes, de **conteúdo econômico**. Havia uma convergência de interesses na apenação de infratores, tanto que vários institutos perseguiam culpados e lhes aplicavam sanções.

Dita postura punitiva sempre contou com um dado de ordem psicológica: a enorme dificuldade de qualquer pessoa de romper vínculo que foi estabelecido para ser eterno. A separação abala a

própria identidade da pessoa e é difícil aceitar o fim de uma união sem ceder à tentação de culpar e tentar punir quem tomou a iniciativa de, finalmente, pôr fim à infelicidade.

Com o advento da EC 66/10,[1] que tornou o **divórcio** um direito potestativo, desapareceu do panorama jurídico o instituto da separação e com ele a possibilidade de imposição de sanções pelo descumprimento dos deveres do casamento. Neste sentido enunciado aprovado pelo IBDFAM.[2] Assim, a culpa foi abandonada como fundamento para a dissolução coacta do **casamento**. Mesmo quem dá causa à dissolução da sociedade conjugal não pode ser castigado. O "culpado" não fica sujeito a perder o **nome** adotado quando do casamento. Nem mesmo no que diz com os **alimentos** persiste o instituto da culpa, pois não mais cabe ser questionada a responsabilidade pelo fim da união.

5.2. Anulação do casamento

Elenca a lei as causas que levam, necessariamente à anulação do casamento, bem como os motivos que ensejam a sua anulabilidade. Ainda que, de forma expressa, estejam identificadas as hipóteses que obrigam ou facultam a desconstituição do vínculo conjugal, é permitida a perquirição de motivações outras, com a imposição de pena de caráter pecuniário.

Diz a lei quem **não pode casar** (CC 1.521). Aquele que infringe tais proibições pode ver o casamento declarado **nulo** (CC 1.548). O pedido pode ser promovido a **qualquer tempo.**

Quem desatende à recomendação legal de que **não deve casar** (CC 1.523) se sujeita à anulação do casamento (CC 1.550). O **prazo prescricional** para a desconstituição do casamento **anulável** é de 180 dias (CC 1.560 I e § 2.º).

As causas que geram tanto a nulidade absoluta, como a nulidade relativa do casamento são declinadas de modo detalhado. Mesmo assim, o legislador não resiste. Busca impor penas a quem eventualmente pode ter tido alguma **responsabilidade** pela anulação do casamento. O culpado perde as **vantagens havidas do cônjuge inocente** (CC 1.564 I). Mas somente no regime da comunhão universal há a possibilidade de haver benefício em favor dos cônjuges, em face da comunicabilidade dos bens particulares. Também o culpado é obrigado a **cumprir as promessas** feitas no pacto antenupcial (CC 1.564 II). Assim, ainda que a anulação do casamento subtraia a eficácia do pacto, permanece sua higidez no que diz respeito às obrigações assumidas no contrato nupcial.

5.3. Separação

O legislador sempre tentou impedir a dissolução dos vínculos conjugais, tanto que não previa a possibilidade de um dos cônjuges buscar a **separação** se não conseguisse provar um dos motivos elencados na lei que pudesse imputar ao outro. Nítida a postura punitiva do Estado e a intenção de manter, a qualquer preço, o laço matrimonial. Quem nada tinha contra o par e não conseguia identificar uma causa culposa atribuível ao cônjuge não podia buscar a separação. Ou seja, aquele que havia praticado qualquer ato que importava **grave violação dos deveres do casamento**, de modo a tornar **insuportável a vida em comum**, não podia pedir a separação. Somente o "inocente" tinha legitimidade para a ação. O responsável pelo fim do casamento ficava refém da vontade do outro. Não concordando o "inocente" com a separação consensual, era necessário aguardar o decurso do prazo de um ano do fim da vida em comum para buscar a separação (CC 1.572 § 1.º) ou de dois anos para obter o divórcio (CC 1.580 § 2.º). Com a EC 66/10 tudo isso mudou, porquanto ocorreu a extinção do instituto da separação.

Elenca o Código Civil um rol de "culpas" (CC 1.573), impondo ao cônjuge o ônus de identificar o comportamento do par. Era

necessário que o autor revelasse como o casal vivia no interior do lar, o que infringia o cânone constitucional do direito à **privacidade** e à **intimidade** não de apenas um, mas de ambos os cônjuges. Parece que a lei não atentou que a Constituição prioriza a **dignidade da pessoa**, consagrando como fundamental o direito à liberdade. Assim, não há como condicionar a dissolução do casamento ao decurso de prazos ou à identificação de causas.

O legislador, no entanto, não contemplou a **única causa** que pode tornar insuportável a vida em comum. Nenhuma das diversas hipóteses elencadas permite a identificação de um culpado. O que traz a lei são meras consequências. A causa é uma só. Comete adultério, tenta matar, agride, abandona, mantém conduta desonrosa quem não ama mais. As atitudes previstas são meros reflexos do fim do amor. O esgotamento do vínculo de afetividade é que leva alguém a violar os deveres do casamento. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, o litígio conjugal é a falência do diálogo. Cada um acredita estar dizendo a verdade e quer que o Estado-juiz diga quem é o certo ou errado, isto é, quem é culpado ou inocente.[3]

Felizmente - e em boa hora - a Emenda Constitucional 66/10 derrogou quase todo o capítulo do Código Civil que trata da dissolução do casamento e do vínculo conjugal (arts. 1.571 a 1.582). Todos os tribunais admitem exclusivamente a dissolução do vínculo conjugal por meio do **divórcio**. Não há mais prazos nem perquirição de culpas para qualquer dos cônjuges, a qualquer tempo, buscar o divórcio.

Ao menos agora há uniformidade de tratamento, uma vez que, na **união estável,** nunca foi exigida identificação de causas ou averiguação de culpas.

O só fato de o Código de Processo Civil, por sete vezes fazer uso da expressão separação (CPC 23 III, 53 I, 189 II, 693, 731, 732 e 733) não ressuscitou o instituto da separação. A lei processual se

limita a apontar os ritos para a realização do direito material. Na existência de direito a ser tutelado, os dispositivos restam esvaziados.

5.4. Nome

A lei punia quem se afastava do casamento. O culpado pelo seu fim ficava sujeito a perder a própria **identidade**, pois o uso do nome dependia da benemerência do "inocente" (CC 1.578). Reconhecida a culpa do cônjuge que havia adotado o nome do outro, só havia a possibilidade de continuar a usá-lo se com isso concordasse o "dono" do nome. Fora disso, o "culpado" precisava provar que a mudança acarretaria evidente **prejuízo** para a sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos; ou dano grave assim reconhecido pelo juiz.

Com o desaparecimento do instituto da separação, sumiu a perversa punição a que ficava sujeito o culpado de perder um de seus atributos da personalidade: o direito de usar o nome que adotou ao casar. Nome que é seu, pois não lhe foi emprestado pelo cônjuge, pelo fato de usá-lo desde o nascimento. Mesmo que persistam na Lei Civil, os arts. 1.571 § 2.º e 1.578 são letra morta.

Quem, ao casar, adotou o sobrenome do outro, quando do divórcio pode livremente escolher: permanecer com o nome de casado ou retornar ao nome de solteiro. A escolha é exclusivamente sua.

5.5. Alimentos

Impõe a lei a solidariedade familiar de forma recíproca, estabelecendo a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges e companheiros, para viver de modo compatível com sua **condição social** e atender às necessidades de **educação** (CC 1.694). Além de identificar quem são os obrigados, são estabelecidos limites para a

quantificação do valor dos alimentos: necessidade de quem pede e possibilidade de quem paga (CC 1.694 § 1.º).

No entanto, se a situação de necessidade resultasse da culpa de quem os pleiteia, diz a lei que os alimentos serão limitados ao **indispensável à sobrevivência** (CC 1.694 § 2.º). A previsão é nitidamente **punitiva**. Não explicita a lei quais credores se sujeitam a essa limitação. Pelo jeito, a restrição atingiria até a obrigação decorrente do **poder familiar**, que tem assento constitucional (CF 229).

Desse modo, caso o filho tenha dado causa ao pagamento dos alimentos - por exemplo, se afastou do convívio familiar -, o encargo não pode ser limitado. Até parece que o pai não teria sequer a obrigação de assegurar-lhe acesso à educação.

A partir da EC 66/10, estão derrogados os arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil. Tais dispositivos mitigavam um pouco a verdadeira **pena de morte** que a legislação passada impunha ao culpado pela separação. A culpa excluía o direito a alimentos.

Com o fim da separação, a culpa deixa de existir como redutor do encargo alimentar. Não mais persiste a possibilidade de a obrigação alimentar ser apenas o montante indispensável à **subsistência**, revelando-se descabido averiguar eventual responsabilidade de quem os pleiteia (CC 1.694 § 2.º).

Como a verba alimentar é indispensável à sobrevivência, os parâmetros para sua fixação estão atrelados tão só à necessidade de um e à possibilidade do outro. De todo descabido admitir um fator redutor com base da culpa (CC 1.694 § 2.º, 1.702 e 1.704 e seu parágrafo único). Tais restrições além de atentar à dignidade da pessoa (CF 1.º III), também afronta os princípios da privacidade e da intimidade (CF 5.º X), que são violados sempre que se perquire culpa.

Ao identificar os obrigados a pagar alimentos, a lei estabelece uma ordem. Primeiro, faz referência aos parentes e depois ao

cônjuge (CC 1.694). Porém, tal não significa que a responsabilidade dos parentes é preferencial à obrigação do cônjuge. Isso porque o dever dos parentes tem origem na **solidariedade familiar**, e a obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros, decorre do dever de **mútua assistência**. Por isso o primeiro obrigado é o cônjuge ou o companheiro. Antes, quando persistia a comprovação da culpa, invertia-se a ordem de preferência. A obrigação alimentar era imposta, em primeiro lugar, aos parentes (CC 1.704 parágrafo único). Como não há mais a possibilidade de restringir o valor do encargo alimentar (CC 1.694 § 2.º) não ocorre a inversão da ordem dos obrigados. O cônjuge que pleiteia alimentos pode dirigir a ação contra o ex-cônjuge. Este não pode invocar sua **ilegitimidade** para a ação alegando que a responsabilidade primeira é dos parentes.

Não é possível trazer para dentro da ação de divórcio ou de desconstituição da união estável questionamentos sobre a culpa, mesmo quando for cumulado pedido de alimentos, pois não mais persiste a possibilidade de achatamento dos alimentos à necessidade de subsistência.

5.6. Sucessão

Mesmo depois da morte, não abandona o Estado o interesse em identificar culpados. No âmbito do direito sucessório, a culpa, ou melhor, a sua ausência, trazia benefícios (CC 1.830). Ainda que estivesse o casal **separado de fato** há dois anos, era possível que o cônjuge sobrevivente fizesse jus à herança: bastava que a convivência não tivesse se tornado insuportável por responsabilidade sua.[4] No entanto, com o afastamento do instituto da culpa, desaparece também a possibilidade de ser invocada no âmbito sucessório. Aliás, nada justifica persistir o direito à herança após a **separação de fato**, que rompe a comunicabilidade de bens. Mesmo que tenha ocorrido o divórcio, se não houve a partilha, o sobrevivente faz jus à sua meação, caso assim autorize o regime de bens do casamento.

1

EC 66/10 - deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

2

Enunciado 1 do IBDFAM: A Emenda Constitucional 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na dissolução do casamento e na quantificação dos alimentos.

3

Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 78.

4

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 60.

6. DANO MORAL

SUMÁRIO: 6.1 O preço da dor - 6.2 Deveres do casamento e da união estável - 6.3 Noivado e namoro - 6.4 Dano moral e alimentos - 6.5 Abandono afetivo - 6.6 Perda de uma chance - Leitura complementar.

6.1. O preço da dor

A responsabilidade decorrente das relações afetivas deveria ter por base a conhecida frase de Saint-Exupéry: *és responsável por quem cativas*. É só isso que o amor deveria gerar: o direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz. Mas, como diz a velha canção: *o anel que tu me deste era vidro e se quebrou, o amor que tu me tinhas era pouco e (...).*

Todas as relações que têm origem em vínculo de afetividade propõem-se eternas, estáveis, duradouras e com uma perspectiva infinita de vida em comum, até que a morte os separe. Os pares carregam a expectativa de um completar o outro na satisfação de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social etc, e a separação representa o rompimento desse projeto.[1] É um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem.[2]

Quando da falência da união, anula-se da consciência tudo de bom que houve entre eles.[3] O final é sempre trágico. Não há ganhadores ou perdedores. Prevalecem rancores e mágoas. São os chamados **danos de amor**, assim entendidos a frustração injustificada de uma comunhão de vida, a lesão ao patrimônio imaterial, a quebra da expectativa de compromisso e de exclusividade.[4]

O **princípio da boa-fé objetiva** vem se infiltrando no direito das famílias. Ainda que tenha origem negocial, direciona-se à superação de sua última fronteira: a das relações existenciais.[5] O dever de lealdade que se consubstancia na proibição de comportamento contraditório lastreia-se no **princípio da confiança**, que tem por fundamento o afeto.[6]

A busca de indenização por dano moral transformou-se na panaceia para todos os males. Há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilização civil. O eixo desloca-se do elemento do **fato ilícito** para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do **dano injusto**.[7] De outro lado, o desdobramento dos **direitos de personalidade** faz aumentar as hipóteses de ofensa a tais direitos, ampliando as oportunidades para o reconhecimento da existência de danos.[8] Visualiza-se abalo moral diante de qualquer fato que possa gerar algum desconforto, aflição, apreensão ou dissabor. Esta tendência acabou se alastrando às relações familiares, na tentativa de migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de **vontade** para o âmbito dos vínculos afetivos. No entanto, o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o **afeto**. Como diz João Baptista Villela, o amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos.[9] Ou seja, se busca transformar a desilusão pelo fim do amor em obrigação indenizatória.

Fatores socioculturais e de ordem religiosa serviam de justificativa para a busca da identificação de um culpado para o fim da relação. A tentativa era manter a função institucional do casamento como meio de preservar a família, tida como a *cellulamater* da sociedade. Por isso, a legislação consagrou o princípio da **culpa** como único fundamento para a dissolução coacta do casamento. Com o fim do instituto da separação judicial (EC 66/10) desapareceu a

identificação da culpa, uma vez que o divórcio não admite perquirir causas.

No âmbito do direito das famílias, cabe a responsabilidade civil do cônjuge ou do companheiro autor do dano? Ainda que não haja expressa previsão sobre a possibilidade de indenização em decorrência da vida em comum, a lei também não a proíbe. Iumerosos dispositivos do Código Civil (12, 1.572, 1.573, 1.637, 1.638, 1.752, 1.773, 1.814 e 1.995) apontam condutas a serem observadas pelos cônjuges, parentes, herdeiros, tutores e curadores, cujo descumprimento gera direito de indenização.[10]

É difícil vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito das famílias, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral.[11] Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização.[12] Na relação conjugal, o princípio da liberdade, juntamente com o da igualdade, se sobrepõe ao vínculo da solidariedade familiar, garantindo ausência de reparação por não haver propriamente dano moral indenizável.[13]

A doutrina tem a tendência de apregoar a possibilidade de busca de indenização por danos morais quando do fim dos vínculos afetivos. Mas no dizer de Sérgio Gischkow Pereira, trata-se da monetarização das relações erótico-afetivas, o que termina com a paixão, liquida com o amor, aprisiona a libido, abafa a força do sexo, impondo um puritanismo retrógrado.[14]

Impositivo é distinguir a natureza do dano. Quando decorre da prática de **ato ilícito**, sempre gera obrigação indenizatória. Comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito (CC 927), o infrator

está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e os morais.[15]

O fato é que o descumprimento das promessas feitas no limiar da união não pode gerar obrigação ressarcitória. Impor tal espécie de obrigação constituiria verdadeiro obstáculo à liberdade de entrar e sair do casamento ou da união estável. A ninguém é lícito impor a permanência em relacionamento sob a alegação de que sua conduta importa violação à moral do consorte.[16] Cônjuges e companheiros estariam impedidos de exercer direito constitucionalmente garantido. Dita limitação infringiria, além do direito à liberdade, o próprio princípio de respeito à dignidade da pessoa humana.[17]

Como diz Vinícius de Moraes, o amor é eterno enquanto dura. Ninguém pode ser responsabilizado quando a chama da paixão apaga. O amor é uma via de mão dupla na qual os dois sujeitos da relação são responsáveis pelos seus atos e suas escolhas.[18] O casamento não impõe obrigação ou compromisso de caráter definitivo, cujo "distrato" possa ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral indenizável. Descabido impor obrigação de caráter indenizatório pelo fim do afeto, até porque o desenlace do casamento é, muitas vezes, o melhor caminho para a felicidade.

A **dissolução do casamento** é a causa mais recorrente na busca de pretensão indenizatória. Porém, com a extinção do instituto da separação, fica afastada a perquirição da culpa quando finda o vínculo matrimonial.

Já a anulação do casamento por **erro essencial** pode dar ensejo à indenização por dano moral.[19] Também danos decorrentes de agressões e injúria, por exemplo, são indenizáveis, aliás, como o é qualquer lesão causada quer pelo cônjuge, quer por qualquer pessoa.

6.2. Deveres do casamento e da união estável

Vínculos afetivos não são singelos contratos regidos pela vontade. São relacionamentos que têm como causa de sua constituição o afeto. Basta ver o rol de deveres impostos ao casamento (CC 1.566) e à união estável (CC 1.724). Porém, a violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte, a ponto de gerar obrigação por danos morais. Assim, quando o amor acaba, não há como impor responsabilidade indenizatória. Os dissabores decorrentes do desfazimento da relação não são indenizáveis.

Ninguém pode ser considerado culpado por deixar de amar. Quando acaba o sonho do amor jurado eterno, a tendência sempre é culpar o outro. Mas o desamor, a solidão, a frustração da expectativa de vida a dois não são indenizáveis. Para a configuração do dever de indenizar não é suficiente que o ofendido demonstre seu sofrimento. Somente ocorre a responsabilidade civil se presentes todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal. Não cabe indenizar alguém pelo fim de uma relação conjugal. Pode-se afirmar que a dor e a frustração, se não são queridas, são ao menos previsíveis, lícitas e, portanto, não indenizáveis.[20]

O **dever de fidelidade** recíproca e de mantença de vida em comum entre os cônjuges, bem como o **dever de lealdade** imposto aos companheiros, não significam obrigação de natureza sexual. Não há como obrigar o adimplemento do *debitum conjugale*, infeliz locução que significa o dever de alguém se sujeitar a contatos sexuais contra a sua vontade. Ora, se existisse débito, precisaria haver crédito conjugal. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal a justificar obrigação indenizatória por dano moral.

Também a infidelidade não gera o pagamento de indenização. Até porque, seria o valor tarifado por relação sexual extraconjugal ou por amante? A reincidência daria ensejo a valor majorado? A jurisprudência de forma uniforme rejeita a possibilidade indenizatória por dano moral, quer seja a ação movido contra o adúltero, quer contra a amante do cônjuge infiel.[21]

No entanto, há a possibilidade de ser indenizada a vítima por falsa imputação de adultério.[22] Também a falsa atribuição da paternidade ao marido pode ensejar obrigação indenizatória.[23]

Com o desaparecimento da separação, a **tentativa de morte** e as **sevícias** (CC 1.573 II e III) deixam de servir de fundamento para a dissolução do casamento, mas geram direitos indenizatórios a título de dano moral, sem a necessidade de comprovação de sequelas físicas. Os danos psíquicos são inquestionáveis. Quando a vítima é a mulher, tais atos configuram **violência doméstica**, conforme preceitua a Lei Maria da Penha.

No entanto, a obrigação indenizatória decorre da prática de ato ilícito (CC 186) consumado ou tentado, e não da existência do vínculo familiar. A origem da obrigação é o **delito penal**, e não o descumprimento de deveres conjugais.

Quanto à violação dos demais deveres do casamento, como **adultério, abandono do lar, condenação criminal** e **conduta desonrosa,** que servia de motivação para a ação de separação (CC 1.573 I e IV a VI), não geram por si só obrigação indenizatória. Porém, inclina-se a doutrina a sustentar que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública, comprometeram a reputação, a imagem e a dignidade do parceiro, cabem danos morais. No entanto, é necessária a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa - dano, culpa e nexo de causalidade -, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia. Como diz Belmiro Welter, impossível não se sensibilizar pela tese da

reparabilidade dos danos morais resultantes da dissolução da sociedade conjugal.[24]

Na identificação da **competência** para as ações de indenização tendo por fundamento relação de família diverge de tribunal para tribunal.

6.3. Noivado e namoro

Ao se falar em dano moral e ressarcimento pela dor do fim do sonho desfeito, o término do namoro também poderia originar responsabilidade por dano moral.[25] Quando se dissolve o noivado, com alguma frequência é buscada indenização, não só pelos danos materiais referente aos gastos feitos com os preparativos do casamento que se frustrou, mas também por danos morais pelo projeto de vida que desabou. Ainda que todos concordem que o fim do namoro não é fonte de responsabilidade, o noivo abandonado na porta da igreja acaba batendo às portas da Justiça.

O noivado recebia o nome de **esponsais**:[26] contrato escrito no qual os noivos assumiam o compromisso solene de contrair matrimônio, com estipulação de prazos e outras condições. Como se tratava de uma promessa de realizar um negócio jurídico, tal qual uma promessa de contratar - ou seja, promessa de casamento -, ensejava direito de indenização a ser resolvida por perdas e danos em caso de inadimplemento. A lei não mais regulamenta essa hipótese, e o noivado não pode ser identificado como um contrato verbal.

Ainda que o noivado seja um prenúncio do casamento, não gera obrigação de casar Trata-se de mero **compromisso moral e social** e significa somente a intenção de casar. Esse compromisso, no entanto, pode ser desfeito a qualquer tempo. Não se pode negar que a dor e o sofrimento causados por uma separação não desejada são intensos e profundos, mas, conforme bem adverte Maria Celina

Bodin de Morais, não são sentimentos que se comportam no conceito jurídico de dano moral.[27] O significado da expressão rompimento imotivado ou injustificado só pode dizer respeito ao fato de que não se tem mais a vontade (juridicamente protegida) de casar.[28]

Essa é a postura que norteia a jurisprudência que não reconhece a responsabilidade civil pela ruptura unilateral do noivado, deixando de impor pagamento de indenização por dano moral. Com o fim do noivado, cabe, no máximo, buscar os **danos materiais**, mediante a comprovação dos prejuízos, em face das providências tomadas em razão da expectativa do casamento.[29] Não se indenizam **lucros cessantes**, mas os prejuízos diretamente causados pela quebra do compromisso. Trata-se de obrigação de outro título, sem considerar o casamento como um negócio, uma forma de obter lucro ou vantagem.[30]

De qualquer modo, há como reconhecer como **abuso de direito** a atitude de quem põe fim ao relacionamento poucos dias antes do casamento. Desvencilhar-se de quem não é o parceiro ideal para acompanhar a empreitada de uma vida é lícito, mas exercitar esse direito poucos dias antes da cerimônia matrimonial configura abuso de direito.[31] Por isso, sustenta Euclides de Oliveira a possibilidade de indenização na hipótese de arrependimento injustificado e rompimento danoso do noivado, como no caso em que um dos nubentes desaparece às vésperas do casamento, assume novo relacionamento amoroso ou, ainda pior e mais doloroso, abandona o outro aos pés do altar.[32]

6.4. Dano moral e alimentos

Não se pode confundir obrigação alimentar com indenização por danos morais. A obrigação de pagamento de alimentos, que subsiste

após o rompimento do casamento e da união estável, não dispõe de natureza indenizatória. Com o fim do instituto da culpa, desapareceu a possibilidade de buscar a identificação do responsável pela situação de necessidade para achatar o *quantum* da verba alimentar (CC 1.694 § 2.º).

O reconhecimento da obrigação alimentar não é condenação por danos morais. Trata-se de encargo que tem como causa a necessidade, a ausência de condições de prover por si à própria subsistência. Ao depois, os alimentos estão sujeitos à revisão e à exoneração, possibilidades que não se coadunam com a responsabilidade civil.[33]

Estabelece José de Aguiar Dias a diferença entre pensão alimentar e indenização: os alimentos só podem ser exigidos pelo cônjuge que prova necessidade, ao passo que a reparação civil pode ser exigida independentemente da situação econômica do prejudicado. A indenização tem caráter definitivo, não pode ser suprimida, aumentada ou diminuída, enquanto a pensão alimentar é essencialmente variável, por atender às necessidades do alimentando e às condições econômicas do alimentante.[34]

Ainda que não se confundam, nada impede que a indenização por dano moral seja paga de forma parcelada, em prestações mensais. E, mesmo paga a indenização parceladamente, tal não inibe a busca de alimentos, que podem ser devidos simultaneamente.

Sequer os **alimentos compensatórios**, que visam garantir o padrão de vida que desfrutava o casal, apesar de sua **natureza indenizatória**, se confundem com dano moral.

6.5. Abandono afetivo

Por preceito constitucional (CF 227) crianças e adolescentes transformaram-se em **sujeitos de direito** e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas. O **princípio da proteção integral** impõe que sejam colocados a salvo de toda forma de **negligência**. Mas direitos de uns significa obrigações de outros. São responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado. Ao regulamentar a norma constitucional, o ECA identifica como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7.º). Igualmente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família (ECA 19).

O conceito atual de família é centrado no **afeto** como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em **paternidade responsável**. Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas **sequelas psicológicas** e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** merecedores de reparação.[35] A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas

inseguras, infelizes.[36] Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do **dano psicológico** deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

O abandono afetivo pode gerar obrigação indenizatória, conforme enunciado do IBDFAM.[37] A reparabilidade do dano encontra respaldo legal (CC 952 parágrafo único), uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem.

6.6. Perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance surgiu do alargamento do conceito de responsabilidade civil, para abranger não só os danos causados à pessoa humana, mas também o desaparecimento da probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro. Trata-se de modalidade autônoma de dano, que permite a reparação em decorrência da subtração da possibilidade séria e real que tinha a vítima de obter, futuramente, um benefício, evitar ou minimizar determinada situação prejudicial, independentemente da certeza absoluta do resultado final.[38]

Cada vez mais a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a possibilidade de invocar a perda de uma chance no âmbito do direito das famílias. Alerta Fernanda Barretto sobre o risco de colocar a teoria a serviço da violação do afeto, ou seja, a pretensão de buscar indenização pela mera ruptura das relações afetivas.[39]

A alegação de perda de uma chance pelo rompimento de um namoro, noivado ou casamento não preenche o requisito essencial de subtrair a oportunidade de obter situação vantajosa. Para isso

seria indispensável a presença dos pressupostos comuns à responsabilidade civil (conduta, culpa, dano e nexo de causalidade).[40] A oportunidade subtraída da vítima é, em si mesma, um bem jurídico atual e certo, cuja violação faz nascer o direito de reparação. Daí a necessidade de se comprovar a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades sonegadas pelo ato culposo do ofensor.[41]

Somente no caso concreto é possível aferir se as chances eram, efetivamente, reais, de acordo com o **princípio da razoabilidade**. Ainda que ressaltando as dificuldades em se admitir, na prática, tal situação, Rafael Peteffi da Silva discorre sobre a incidência da teoria da perda de uma chance no caso do credor que deixa de receber **pensão alimentícia** em razão da morte do alimentante, culposamente causada por terceiro.[42]

Fernanda Otoni de Barros traz mais um exemplo. É o caso da mãe que, deliberadamente, opta por não revelar ao genitor a sua gravidez e acaba casando com outro homem, com quem mantinha relacionamento afetivo. O marido cria o filho como seu, configurando uma paternidade socioafetiva, o que inviabiliza o genitor de, ao saber da verdade, exercer o seu direito de pai. Nesta hipótese, viável invocar perda de uma chance.[43]

Também é possível cumular a ação **investigatória de paternidade com pedido indenizatório**, por ter o filho, por exemplo, perdido a chance de ter recebido melhor educação.

Cabe atentar para a diferença entre perda de uma chance e lucros cessantes. Segundo Cristiano Chaves de Farias, os **lucros cessantes** correspondem ao dano patrimonial consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do sujeito lesado, enquanto a **perda de uma chance** corresponde a uma possibilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída a oportunidade.[44] A

perda de uma chance pode estar relacionada a um **dano não patrimonial**, ao passo que os lucros cessantes sempre decorrem de um prejuízo patrimonialmente aferível (CC 403).

Leitura complementar

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 359-372.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, ano XIII, n. 29, p. 20-37, ago.-set. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada no direito de família: utilizar com moderação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 7, p. 46-63, dez.-jan. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201.

______. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 805-831.

NERY, Nilson Guerra. *A infidelidade e o dano moral indenizável*. Recife: Bagaço, 2006.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REIS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano VIII, n. 46, p. 21-36, jul. 2012.

1

Melanie Falkas, O luto de uma separação, 366.

2

Rodrigo da Cunha Pereira, Separação e ritos de passagem, 362.

3

Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 78.

4

Bruna Barbieri Waquim, Universos paralelos e danos de amor:..., 71.

5

Anderson Schreiber, O princípio da boa-fé objetiva no direito de família, 128.

6

Cristiano Chaves de Farias, A tutela jurídica da confiança..., 266.

7

Ruy Rosado de Aguiar Jr., Responsabilidade civil no direito de família, 360.

8

Idem, 361.

9

João Baptista Villela, Repensando o direito de família, 20.

10

Idem, 367.

11

Ruy Rosado de Aguiar Jr., Responsabilidade civil no direito de família, 365.

12

Idem, 371.

13

Maria Celina Bodin de Moares, Danos morais em família?..., 201.

14

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 82.

15

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. (...) Danos morais. Não configurados. (...) 6. Os dissabores e as frustrações decorrentes do rompimento das relações - casamento/união estável -, se não comprovado ato ilícito praticado pela parte demandada, inviabiliza o acolhimento do pleito indenizatório. Apelos desprovidos. (TJRS, AC 70055465819, 7.ª C. Civ., j. 07.05.2014, Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros).

16

Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 230.

17

Ação de indenização por danos morais e materiais. Término de relacionamento amoroso. Promessa de casamento. Não comprovação. Liberdade individual. Ato ilícito. Inocorrência. Danos morais. Inexistência. Danos materiais. Prova do prejuízo. Ausência. Se a causa de pedir se funda em ausência de cumprimento de promessa de casamento, caberia à autora, ao menos, demonstrar a ocorrência de tal circunstância, nos termos em que impõe o art. 333, I, do CPC. 2. A opção de manter ou encerrar relacionamento amoroso com determinada pessoa, bem como de se engajar em compromisso matrimonial, se encontra na esfera de liberdade do indivíduo, não havendo qualquer normativo que imponha a obrigação de contrair matrimônio, após namoro. Inexiste, assim, o ato ilícito necessário a atrair a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar. (...) 4. Apelação conhecida e não provida. (TJDF, AC 20140910089678, 1ª T. Cív., j. 21.10.2015, Rel. Simone Lucindo).

18

[18] Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 9.

19

Anulação de casamento. Erro essencial em relação à pessoa do outro cônjuge. Caracterização. Dano moral arbitrado em 100 salários mínimos que é reduzido à metade. (...) Recurso provido em parte. (TJSP, AP 0031731-05.2009.8.26.0000, 3.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. João Pazine Neto, j. 26/06/2012).

20

Nara Rubia Alves de Resende, Da possibilidade de ressarcimento dos danos..., 30.

21

Danos materiais e morais. Alimentos. Irrepetibilidade. Descumprimento do dever de fidelidade. Imputação ao cúmplice da traição. Impossibilidade. Indenização. Juros moratórios. Percentual. (...) 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. (...) 5. Embargos de declaração acolhidos apenas para esclarecer o percentual dos juros moratórios em virtude da condenação decorrente do provimento do recurso especial. (STJ, ED no REsp 922.462/SP, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 14/04/2014).

22

Indenização. Difamação. Imputação de adultério. Revelia. Presunção de veracidade. Boa fama e reputação. Direito à honra. Dano moral *in re ipsa*. Procedência. 1 - É notório que a pública exposição da mulher ao ridículo, a quem se imputa a prática de adultério, figura já banida do nosso ordenamento jurídico, com o evidente propósito de comprometer a sua idoneidade moral perante a vizinhança, colegas de trabalho e familiares, é motivo bastante a causar ofensa moral passível de ser reparada civilmente. 2 - O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. (TJSE, AC 0002369-50.2011.8.17.1030, 5.ª C. Cív., Rel. Des. José Fernandes, j. 08/08/2012).

23

Recurso especial. Direito civil e processual. Danos materiais e morais. Alimentos. Irrepetibilidade. Descumprimento do dever de fidelidade. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Dor moral configurada. Redução do valor indenizatório. (...) 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (STJ, REsp 922.462/SP (2007/0030162-4), 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04/04/2013).

24

Belmiro Pedro Welter, Dano moral na separação judicial, divórcio e união estável, 135.

25

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 82.

26

A lei que o previa é do ano de 1784 e constava da Consolidação das Leis Civis, art. 76 e seguintes.

27

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Promessa de casamento. Ruptura do noivado. Dano moral não configurado. Sentença mantida. Com relação aos

danos morais, ainda que não se desconheça o abalo sofrido em decorrência da ruptura de um relacionamento, cuida-se de fato a que qualquer ser humano, que estiver aberto a se relacionar, está sujeito. No caso dos autos, mesmo que inegável a mágoa da apelante, não há nada que extrapole a normalidade decorrente da ruptura de noivado. Assim, inexiste o dano moral. (...). Recurso de apelação e recurso adesivo desprovido. (TJRS, AC 70026835371, 6.ª C. Cív., Rel. Artur Arnildo Ludwig, j. 27/01/2011).

28

Maria Celina Bodin de Moraes, Danos morais em família?..., 183.

29

Término de relacionamento amoroso. Danos materiais comprovados. Ressarcimento. Vedação ao enriquecimento sem causa. Abuso do direito. Boa-fé objetiva. Probidade. Sentença mantida. 1. Deve ser mantida a sentença *a quo* eis que, da documentação carreada para os autos, consubstanciados em sua maior parte por mensagens trocadas entre as partes, depreendendo-se que a autora/apelada efetuou continuadas transferências ao réu; fez pagamentos de dívidas em instituições financeiras em nome do apelado/réu; adquiriu bens móveis tais como roupas, calçados e aparelho de telefonia celular; efetuou o pagamento de contas telefônicas e assumiu o pagamento de diversas despesas por ele realizadas, assim agindo embalada na esperança de manter o relacionamento amoroso que existia entre os ora demandantes. Corrobora-se, ainda e no mesmo sentido, as promessas realizadas pelo varão-réu no sentido de que, assim que voltasse a ter estabilidade financeira, ressarciria os valores que obteve de sua vítima, no curso da relação. 2. Ao prometer devolução dos préstimos obtidos, criou-se para a vítima a justa expectativa de que receberia de volta referidos valores. A restituição imposta pela sentença tem o condão de afastar o enriquecimento sem causa, sendo tal fenômeno repudiado pelo direito e pela norma. (...) 4. Recurso conhecido e não provido. (TJDF, Acórdão n.866800, AC 20130110467950, j. 08.04.2015, Rel. Carlos Rodrigues).

30

José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, 162.

31

Clayton Reis e Fernanda Simões, As relações familiares sob a ótica..., 34.

32

Euclides de Oliveira, A escalada do afeto no direito de família:..., 330.

33

Nara Rubia Alves de Resende, Da possibilidade de ressarcimento dos danos..., 12.

34

José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, 170.

35

Ação de danos morais. Abandono afetivo de menor. Genitor que se recusa a conhecer e estabelecer convívio com filho. Repercussão psicológica. Violação ao direito de convívio familiar. Inteligência do art. 227, da CF/88. Dano moral. Caracterização. Reparação devida. Precedentes. 'Quantum' indenizatório. Ratificação. Recurso não provido. Sentença confirmada. A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores. (TJMG, AC 10145074116982001, 5ª C. Civ., j. 16.01.2014, Rel. Barros Levenhagen).

36

[36]Idem, 78.

37

Enunciado 8 do IBDFAM: O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

38

Fernanda Carvalho Leão Barretto, A responsabilidade civil pela perda de uma chance..., 22.

39

Idem, 29.

40

Cristiano Chaves de Farias, A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família:..., 57.

41

Rafael Peteffi da Silva, Responsabilidade civil pela perda de uma chance:..., 47.

42

Idem, 38.

43

Fernanda Otoni de Barros, Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida, 88.

44

Cristiano Chaves de Farias, A teoria da perda de uma chance aplicada no direito de família:..., 50.

7. SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER

SUMÁRIO: 7.1 A trajetória da mulher - 7.2 Na legislação pretérita - 7.3 Frente à Constituição Federal - 7.4 Na lei atual - 7.5 Omissões injustificáveis - 7.6 No Judiciário - 7.7 A Lei Maria da Penha - Leitura complementar.

Referências legais: CF 5.º I, 226 § 4.º e 8.º; L 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada); Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). L 4.121/62; Lei 11.804/0 (Minha casa, minha vida); Lei 11.804/08 (Alimentos gravídicos); L 13.112/15; Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) 52.

7.1. A trajetória da mulher

A presença da mulher é uma história de ausência. Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar.[1] Sua voz nunca foi ouvida e seu pensamento não era convidado a participar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. A ela era imposta a submissão, e aos filhos a obediência.

As mulheres nem sabiam bem quem eram, em um mundo isento de direitos civis e cheios de deveres servis.[2] Mas a busca da igualdade acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares.

Embora de modo acanhado e vagarosamente, os textos legais retratam a trajetória da mulher. Hoje, na plenitude de sua condição

feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família.[3] Sua emancipação jurídica forçou o declínio da sociedade conjugal **patriarcal**. A partir do momento em que ela assumiu a condição de "sujeito de desejo", o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu, uma vez que a histórica resignação feminina é que sustentava os casamentos.[4]

Sempre que se fala em mulher, impositivo render homenagens ao **movimento feminista**. Apesar de tão ridicularizado, enfim conseguiu o que todas as mulheres sempre ansiaram: a liberdade e a igualdade. O estudo das questões de gênero recebe o nome de **feminismo jurídico**, como um novo ramo da filosofia do direito, porque institutos tradicionais - entre eles o direito das famílias - foram construídos sob uma perspectiva predominantemente masculina, e já nascerem tendenciosos, garantindo ao homem privilégios que as mulheres não teriam.[5]

Como a trajetória da família está muito ligada à emancipação feminina, não há como adentrar no direito das famílias sem antes lembrar - ainda que de forma breve - o longo calvário a que foram submetidas as mulheres até conseguirem alcançar a tão esperada igualdade. Grandes foram os avanços, mais no âmbito legal do que no plano cultural. Segundo os cálculos de Paulo Lôbo, foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada **relativamente incapaz** (Estatuto da Mulher Casada - L 4.121/62) e mais 26 anos para consumar a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988).[6]

Para que o direito possa apreender a ideia de Justiça é necessário compreender a **subjetividade feminina**. Essa foi a grande contribuição da psicanálise para o direito. É preciso desfazer a confusão de que a igualdade é possível sem considerar que o campo da objetividade perpassa pelas subjetividades masculina e feminina.[7]

As saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres precisam serem salientadas no princípio da igualdade. Implementar a igualdade não é conceder à mulher o tratamento privilegiado de que os homens sempre desfrutaram, sob pena de se reconhecer que o modelo é o masculino. É importante lançar um olhar mais detido sobre a condição da mulher para aferir se realmente há igualdade ou se esta é apenas **formal**. Quando ela fica com a guarda dos filhos e compromete suas atividades profissionais e, em certa medida, também a vida pessoal, pode estar em situação de vulnerabilidade em razão de uma peculiar situação que vivencia.[8]

Para pensar a cidadania há que se substituir o discurso da **igualdade** pelo discurso da **diferença**. Homens e mulheres são diferentes, mas são iguais em direitos. Alcançada a **igualdade jurídica**, não há como afastar as diferenças. Desconhecê-las acaba por levar à eliminação das características femininas. Certas discriminações são positivas, pois, na verdade, constituem preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças.[9] Mesmo que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em espaço de igualdade. O grande desafio é compatibilizar as diferenças com o princípio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, o que a Constituição veda.[10]

7.2. Na legislação pretérita

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo no ano de 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente **conservadora** e **patriarcal**. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade. Detinha o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal. Por isso é que a mulher, ao casar, perdia sua plena **capacidade**, tornando-se relativamente

capaz, tal como são considerados os índios,[11] os pródigos e os menores com idade entre 16 e 18 anos. Para trabalhar ela precisava da autorização do marido. A família identificava-se pelo nome do varão, sendo a esposa obrigada a adotar o **sobrenome** dele. O casamento era **indissolúvel**. O **desquite**, rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal.

Somente o casamento constituía a **família legítima**. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de **concubinato**, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica. Não geravam qualquer direito. Em face da posição inferiorizada da mulher era ela a grande prejudicada. Como o patrimônio normalmente estava em nome do homem, quando do fim do relacionamento - quer pela separação, quer pela morte do companheiro - ela nada recebia.

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel distinção entre os **filhos**. A prole concebida fora do casamento era alijada de qualquer direito. Nominados de naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos, eram considerados filhos **ilegítimos** e sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou a morte do genitor permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai, que saía premiado, não assumindo qualquer responsabilidade para com os frutos de suas aventuras amorosas. Onerada era a mãe, que acabava tendo de sustentar o filho sozinha, pagando o preço pela "desonra" de ter dado à luz um "bastardo".

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi o chamado **Estatuto da Mulher Casada** (L 4.121/62). Devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal. Foi reconhecido à mãe o direito de ficar com a guarda dos filhos menores no caso de serem ambos os cônjuges culpados pela separação. Porém, sua posição ainda era subalterna, pois persistia o elenco diferenciado de

direitos e deveres, sempre em desfavor da mulher.[12] Não mais havia a necessidade da autorização marital para o trabalho. Foi instituído o que se chamou de **bens reservados**: o patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.

O passo seguinte - e muito significativo - veio com a aprovação do divórcio, rompendo uma resistência secular capitaneada pela Igreja Católica.[13] A **Lei do Divórcio** (L 6.515/77), em vez de regular somente a dissolução do casamento substituiu a palavra **desquite** pela expressão **separação judicial**, mantendo as mesmas exigências para sua concessão. Mas trouxe alguns avanços em relação à mulher. Tornou facultativa a adoção do **nome** do cônjuge. Estendeu ao marido o direito de ele pedir **alimentos**, que antes só era assegurado à mulher "honesta e pobre". Outra alteração significativa foi a mudança do regime legal de bens. No silêncio dos noivos, em vez da comunhão universal passou a vigorar o **regime da comunhão parcial de bens**.

Mas a plena libertação da mulher restou selada com o fim do instituto da **separação** (EC 66/10), que, ao acabar com o instituto da culpa, livrou-a do estigma que sempre a perseguiu.

7.3. Frente à Constituição Federal

A chamada Constituição Cidadã patrocinou a maior reforma já ocorrida no direito das famílias. Três eixos nortearam uma grande reviravolta. Ainda que o princípio da igualdade viesse consagrado desde a Carta Política de 1937, a atual Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o **direito à igualdade** e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem **preconceito de sexo** (CF 3.º IV). Além da igualdade de todos perante a lei (CF 5.º), pela primeira vez é enfatizada a **igualdade entre homens e**

mulheres, em direitos e obrigações (CF 5.º I). De forma até repetitiva, afirma que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226 § 5.º). Também foi imposta a isonomia entre os filhos, ao ser proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, todos têm os mesmos direitos e qualificações (CF 227 § 6.º). O próprio conceito de família recebeu tratamento abrangente e igualitário (CF 226). Foi reconhecida como **entidade familiar** não só a família constituída pelo casamento. Neste conceito estão albergadas tanto a união estável entre o homem e a mulher como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mesmo após a implantação da nova ordem constitucional, estabelecendo a plena igualdade entre homens, mulheres, filhos e entidades familiares, injustificadamente o legislador não adequou os dispositivos da legislação infraconstitucional que não foram recepcionados pelo novo sistema jurídico. Ainda que letra morta, mesmo não em vigor, pois apartados da diretriz constitucional, continuavam no ordenamento jurídico. Um dos dispositivos que mais revolta gerava - ao menos entre as mulheres - era o fato de o **defloramento** configurar **erro essencial** sobre a pessoa. Ignorando o marido tal "defeito", podia pedir a anulação do casamento (CC/1916 219 IV). Apesar de a doutrina e a jurisprudência majoritária decantarem a inconstitucionalidade desse dispositivo, decisões judiciais ainda anulavam o casamento sob esse fundamento.

Mas não era só. Mantinha o Código Civil de 1916, em elencos distintos, os direitos e **deveres do marido** (CC/1916 233 a 239) e **da mulher** (CC/1916 240 a 255). Por vedação constitucional, não se podia falar em família ilegítima, mas a lei ainda consignava que o casamento criava a **família legítima** e reconhecia como legítimos os filhos comuns (CC/1916 229). Não mais cabia a filiação ser rotulada de forma discriminatória, pois toda a adjetivação que acompanhava

os filhos não mais vigorava, mas continuava na legislação infraconstitucional.

7.4. Na lei atual

O **Código Civil** ainda sacraliza a família e presume a fidelidade da mulher. Basta ver que presume que os filhos da esposa são sempre filhos de seu marido (CC 1.596). A manutenção do arcaico instituto da separação, impondo a identificação de culpados e a implementação de prazos para a concessão do divórcio, nada mais significava do que a vã tentativa de preservação do casamento, mesmo contra a vontade dos cônjuges. Em boa hora a EC 66/10 acabou com a separação (CF 226 § 6.º: o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. O fato de sete vezes o Código de Processo Civil fazer referência à separação, não ensejou a ressuscitou o instituto, em boa hora morto e sepultado por todos os tribunais

Talvez o maior mérito do **Código Civil** tenha sido afastar toda a **terminologia discriminatória** que estava entranhada na lei, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação. Mas o propósito do legislador de eliminar regras jurídicas que já não mais tinham qualquer significado, não foi de todo feliz. Alguns dispositivos de conteúdo discriminatório ainda lá se encontram.

A menos-valia da mulher resta clara ao não ser concedida qualquer credibilidade à sua palavra. Não basta a esposa ter cometido **adultério**. Ainda que confesse a infidelidade e negue a filiação, isso de nada serve para ilidir a presunção legal da paternidade (CC 1.600). Ora, em época em que a identificação do vínculo biológico já obtém índices tão significativos por meio do exame do DNA, nada justifica tal desprestígio à mulher.

Persiste o tratamento discriminatório ao ser admitido que mulheres casadas possam escusar-se da **tutela** (CC 1.736 I). O dispositivo, que só aparentemente concede um benefício, é inconstitucional

por tratar desigualmente homem e mulher, já que não é assegurada ao homem casado igual possibilidade. Essa prerrogativa traz o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênia do marido, tanto que o simples fato de ela ser casada a autoriza a declinar do encargo.

Outras desequiparações são mais sutis, mas não menos perversas. A **redução do prazo prescricional** da obrigação alimentar de cinco para dois anos (CC 206 § 2.º) vem em desfavor da mulher. De um modo geral, é ela que tem os filhos consigo e lhe cabe cobrar os alimentos, muitas vezes enfrentando a resistência dos próprios filhos, que não querem ver "o pai na cadeia", ainda que ele não lhes alcance alimentos. Como na origem da obrigação existe um vínculo afetivo que foi desfeito, deixando mágoas e ressentimentos, fácil é escoar o limitado prazo, antes de vencida a dificuldade de propor a ação de cobrança.

A desnecessidade de identificar uma causa para o pedido de separação de há muito vinha sendo decantada pela doutrina e era dispensada pela jurisprudência a perquirição da **culpa**, mesmo antes da EC 66/10. A caça de um culpado trazia maiores prejuízos à mulher, pois sempre foi bem mais restrita a **moral sexual feminina**. Sua liberdade ainda não está assimilada, tanto que recebe uma série de qualificativos. Virtude, honestidade, seriedade, castidade e pureza são atributos que só dizem com o exercício da sexualidade feminina, ou melhor, com a abstinência sexual.

Restrição de outra ordem mostra-se injustificável: a imposição coacta do **regime de separação de bens** para quem casar a partir dos 70 anos de idade (CC 1.641 II). O único motivo só pode ser para evitar que sejam alvo do "golpe do baú". Pelo jeito, tanto homens quanto mulheres, além de não terem a possibilidade de despertar o amor sincero de alguém, perdem o discernimento e, por isso, o Estado resolve tutelá-los. Ainda que possam livremente dispor de

seu patrimônio, paradoxalmente, se resolverem casar, o casamento não autoriza envolvimento de ordem patrimonial.

Nada justifica a mantença dessa *capitis deminutio*, que gera presunção de incapacidade, sem atentar para o fato de que vem aumentando a longevidade e a qualidade de vida das pessoas. A regra denota preconceito contra a chamada "melhor idade", o que é vedado pelo **Estatuto do Idoso**. A limitação, exclusivamente para a escolha do regime de bens, é desarrazoada, não se conseguindo identificar quem a lei pretende preservar. Ora, se visa a proteger o idoso, protege o homem, pois é ele que, com 70 anos de idade, tem muito mais chance de casar do que uma mulher sexagenária. Assim, se a lei protege o noivo idoso, desprotege sua "jovem" pretendente.

Outro questionamento diz respeito à exclusão do **concubinato** como união estável (CC 1.727). Nítida a tentativa de negar proteção legal às **uniões paralelas**, chamadas de concubinato adulterino, impuro, de má-fé e até de "concubinagem". Acabou ressuscitada a expressão concubinato, sepultada, em boa hora, pela Lei do Divórcio. Ao se vetar a possibilidade de reconhecimento a essas entidades familiares, se está subtraindo efeitos patrimoniais a um vínculo que - com ou sem o respaldo social ou legal - existe.

Mas cabe perguntar: quem mantém uniões simultâneas? Não é um comportamento exclusivamente masculino? Não é o homem que trai? Assim, quem afrontou o dogma da monogamia, cometeu adultério e deixou de cumprir o dever de fidelidade? Logo, injustificável que seja beneficiado aquele que mantém um duplo vínculo afetivo. Questiona-se somente a ele a intenção de constituir família. Presume-se que o fato de manter duas entidades familiares significa que não quis formar família com uma ou nenhuma das mulheres. Assim, o homem sai do relacionamento sem qualquer responsabilidade, e o prejuízo é sempre da mulher. O que parece ser um castigo é um privilégio que só beneficia o parceiro adúltero, que não divide o

patrimônio amealhado com a colaboração da mulher nem lhe presta alimentos.

Outro exemplo é o chamado **usucapião familiar** (CC 1.240-A) que dispõe de caráter protetivo a favor de quem é abandonado e permanece residindo no lar conjugal. Estra é uma realidade eminentemente feminina e a mulher acaba por se tornar proprietária exclusiva do bem comum.

Na busca de assegurar a tão almejada igualdade, foi assegurado também à mãe o encargo de proceder ao **registro de nascimento** do filho, deixando de ser uma ação complementar quando o pai não procedesse ao registro.[14]

A transformação da mulher em **excludente da criminalidade** era algo denominado, no mínimo, de odioso. Ainda bem que a L 11.106/05 eliminou os incs. VII e VIII do art. 107 do **Código Penal**, que previam o casamento da vítima com o réu como causa de extinção da punibilidade. Com isso restou derrogada a possibilidade de permitir o casamento de uma adolescente para evitar imposição de pena criminal. Isso significava nada mais do que a descriminalização do estupro, absolvendo-se o estuprador se ele casasse com a vítima, mesmo que fosse ela menor de idade. Permanece tão só a possibilidade de ser autorizado o casamento quando das relações sexuais mantidas com quem ainda não atingiu a idade núbil (menos de 16 anos) resultem gravidez (CC 1.520).[15]

Os crimes que equivocadamente eram nominados de "contra os costumes" em boa hora passaram a ser chamados de "crimes contra a dignidade sexual". Quem obriga alguém - homem ou mulher - a manter relação sexual não desejada pratica o crime de **estupro** (CP 213). Também os outros crimes contra a liberdade sexual configuram violência sexual: violação sexual mediante fraude (CP 215); assédio sexual (CP 216-A) e crime sexual contra vulneráveis (CP 218). Todos esses delitos, se cometidos contra pessoas de identidade

feminina, no âmbito das relações domésticas, familiares ou de afeto, constituem violência doméstica, assim reconhecido pela Lei Maria da Penha (L 11.340/06).

Pouco a pouco vem o legislador atentando à necessidade de assegurar proteção diferenciada à mulher. Um belo exemplo é a previsão constante do programa habitacional denominado "**Minha Casa Minha Vida**". Além de determinar que os contratos e registros sejam formalizados preferentemente em nome da mulher,[16] prevê que, nas hipóteses de dissolução da união estável ou divórcio, o imóvel será a ela transferido. O título de propriedade somente será atribuído ao homem se ele restar com a guarda exclusiva dos filhos.[17]

Na contramão de tudo o que vem sendo construído na busca da igualdade de gênero, o **Código de Processo Civil**, de forma simplista e irresponsável acabou com o **foro privilegiado** da mulher, significativo instrumento de proteção a quem ainda desfruta de uma posição de vulnerabilidade no âmbito das relações de família. Para as ações de divórcio, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução da união estável, o foro competente é: o domicílio do guardião de filho incapaz, o último domicílio do casal ou o domicílio do réu (CPC 53). Parece que o legislador se olvidou dos elevadíssimos índices da violência doméstica que impõem, muitas vezes, que a mulher se afaste do lar comum para garantir sua integridade física e a própria vida.

7.5. Omissões injustificáveis

Na ânsia em estabelecer a igualdade, olvidou-se o Código Civil de marcar a diferença. Esqueceu-se que a Constituição reconheceu as **famílias monoparentais**. A omissão revela desatenção do legislador para com entidades que merecem tratamento diferenciado. Em números quase absolutos, os filhos ficam sob a guarda da mãe, ou seja, as famílias monoparentais são constituídas por mulheres.

Também não há qualquer punição a quem se exime de pagar **alimentos** de forma reiterada. Não gera a lei, por exemplo, a obrigação solidária daquele que se omite ou dá informações falsas, causando prejuízos ao credor de alimentos.

A obrigação parental não é somente o pagamento de alimentos. Há um leque de encargos que não se mensuram monetariamente. Mas nenhuma consequência é imposta a quem descumpre os deveres inerentes ao poder familiar. Separado o casal, o pai, na maioria dos casos, nem ao menos divide os deveres de criação e educação do filho, pois raramente reconhece sua responsabilidade de acompanhar o seu desenvolvimento. De forma frequente, não exerce sequer a **obrigação de visitas**. Os **danos afetivos** que decorrem dessa omissão não estão previstos como indenizáveis, mas a justiça vem, ainda que timidamente, impondo o pagamento.

Tais falhas revelam que a lei reflete profunda insensibilidade social e a tendência generalizada de fingir que não existe o que desagrada aos homens. São eles que fazem as leis, que detêm o monopólio do exercício do poder. É fácil fazer de conta que o normal é o majoritário, e, por isso, deve ser aceito. Essa é uma forma cruel e perversa de excluir o que não se quer ver. Relegar à invisibilidade não faz nada desaparecer, e o simples fato de existir merece a proteção do Estado. O Código Civil esqueceu de ver muitas coisas que não são novas. Essas omissões e esses equívocos do legislador faz com que a sociedade continue a depender da sensibilidade dos juízes.

A sorte é que o movimento feminista continua ativo e, ainda que vagarosamente, vem obtendo alguns ganhos. Assim a Lei Maria da Penha, de combate à **violência doméstica**, e a concessão de **alimentos gravídicos**[18] são belos exemplos.

7.6. No Judiciário

Apesar do número significativo de magistradas, o Poder Judiciário ainda é uma instituições e sexista. Nos processos envolvendo relações familiares é onde mais se vê que os avanços legislativos ocorridos nos últimos tempos não alteraram o discurso dos juízes. Exigem da mulher uma atitude de recato, colocando-a em situação de dependência. Persiste nos julgados tendência eminentemente protecionista, o que dispõe de dupla moral. Nas decisões judiciais, aparecem com extrema frequência termos como inocência da mulher, conduta desregrada, perversidade, comportamento extravagante, vida dissoluta, situação moralmente irregular, expressões que contêm forte carga ideológica.[19] Na Constituição, a igualdade formal vem decantada enfaticamente, mas tal não basta, por si só, para alcançar a absoluta equivalência social e jurídica de homens e mulheres.

Emergiram novos valores sociais referentes à dignidade feminina e à sua autonomia, liberdade e privacidade na área da sexualidade. Mas forte é a resistência para reconhecer os novos papéis desempenhados pela mulher. É aceita com mais facilidade sua profissionalização, até por fatores econômicos, mas tímida é sua participação na vida pública.

Limitações que não estão na lei acabam sendo impostas às mulheres com acentuada conotação discriminatória, pois não são exigidas dos homens.

Cabem alguns exemplos.

Em se tratando de **guarda de filhos**, muitas vezes, é desconsiderada a liberdade da mulher. É feita uma avaliação comportamental de adequação a determinados papéis sociais. Inúmeros julgados estabelecem certa confusão entre a vida sexual da mulher e sua

capacidade de ser boa mãe, não considerando aspectos afetivos e culturais para o pleno desenvolvimento dos filhos.

Ainda é predominante o entendimento jurisprudencial de que, com a **viuvez**, não pode a mulher excluir o **nome do marido**. A limitação não tem qualquer justificativa. Com a dissolução do casamento é somente dela o direito de escolher: continuar com o nome de casada ou de retornar ao nome de solteira. O fato de o casamento dissolver-se pela morte não pode impor a permanência do uso do nome de casada se essa não for a sua vontade.

Injustificada também é a tendência, que felizmente vem sendo abandonada, de impedir que seja corrigido, na certidão de nascimento do filho, o **nome da genitora**, alterado em face do divórcio. Nada, absolutamente nada, impõe essa restrição, sendo a motivação de todo preconceituosa e com certo conteúdo punitivo.

Porém, apesar dos empecilhos legais e das resistências no âmbito judicial, estão as mulheres trilhando o seu caminho na busca da igualdade, mas exigindo o respeito à diferença.

7.7. A Lei Maria da Penha

Para dar cumprimento ao comando constitucional que impõe a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (CF 226 § 8.º), a chamada Lei Maria da Penha (L 11.340/06) cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando a assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher.

Acabou o calvário da vítima que, depois de registrar a ocorrência na polícia, precisava constituir advogado ou procurar a Defensoria para buscar algumas medidas que lhe dessem segurança. Mas as vantagens não são só essas. A vítima deverá estar sempre acompanhada de **advogado** (LMP 27), tanto na fase policial, como na

judicial, garantido o acesso aos serviços da Defensoria Pública e à Assistência Judiciária Gratuita (LMP 18). Não pode ser ela a portadora da notificação ao agressor (LMP 21 parágrafo único), sendo pessoalmente cientificada quando ele for preso ou liberado da prisão, sem prejuízo da intimação de seu procurador (LMP 21).

Foi devolvida à **polícia judiciária** a prerrogativa investigatória (LMP 10). O registro da ocorrência desencadeia um leque de providências: a autoridade policial garante proteção à vítima, a encaminha ao hospital, fornece transporte para lugar seguro e a acompanha para retirar seus pertences do local da ocorrência (LMP 11). Também registra a ocorrência, toma por termo a representação (LMP 12 I) e, em 48 horas, encaminha a juízo o pedido de **medidas protetivas de urgência** (LMP 12 III). Além de instaurar o inquérito (LMP 12 VII), é colhido o depoimento do agressor e das testemunhas (LMP 12 V). Feita sua identificação criminal (LMP 12 VI), o inquérito policial deve ser encaminhado à justiça no prazo de 30 dias (CPP 10).

Ao juiz não cabe adotar só as medidas requeridas pela vítima (LMP 12 III, 18, 19 e § 3.º) ou pelo Ministério Público (LMP 19 e § 3.º). Tem a faculdade de agir de ofício (LMP 20, 22 § 4.º, 23 e 24). Assim, pode determinar o afastamento do agressor (LMP 22 II) e a recondução da ofendida e de seus dependentes ao lar (LMP 23 II); impedir que ele se aproxime da casa; impor limite mínimo de distância; vedar que se comunique com a família; suspender visitas; encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros; fixar alimentos provisórios (LMP 22). Além disso, pode adotar medidas outras, como determinar a restituição de bens indevidamente subtraídos da vítima, suspender procuração por ela outorgada ao agressor e proibir temporariamente a venda ou locação de bens comuns (LMP 24). Para garantir a efetividade do adimplemento das medidas aplicadas, pode requisitar, a qualquer momento, o auxílio da força policial (LMP 22 § 3.º). Quando a vítima for servidora pública, tem acesso prioritário à remoção ou, se trabalhar na iniciativa privada, lhe é assegurada a

manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho (LMP 9 § 2.º).

Foi criada mais uma hipótese de **prisão preventiva** (o art. 42 acrescentou o inc. III ao art. 313 do CPP), que pode ser decretada por iniciativa do juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (LMP 20).

A participação do **Ministério Público** é indispensável. Tem legitimidade para agir como parte, intervindo nas demais ações, tanto cíveis como criminais (LMP 25). Como é intimado das medidas que foram aplicadas (LMP 22 § 1.º), pode requerer a aplicação de outras (LMP 19) ou sua substituição (LMP 19 § 3.º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, deve o promotor estar presente na audiência (LMP 16). Também lhe é facultado requerer o decreto da prisão preventiva do agressor (LMP 20).

Mesmo que tenha sido atribuída aos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (LMP 38), o Ministério Público deve manter um cadastro similar (LMP 26 III), registro que não se confunde com os antecedentes judiciais. Ainda que a operacionalização desta providência legal possa gerar mais trabalho, a medida é salutar. Trata-se de providência que visa a detectar a ocorrência de reincidência como meio de garantir a integridade da vítima. Também é atribuição do Ministério Público a defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na lei (LMP 37).

Certamente o maior de todos os avanços foi a criação dos **Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher** (JVDFM), com competência cível e criminal (LMP 14). Para a plena aplicação da lei, o ideal seria que todas as comarcas instalassem um JVDFM. O juiz, o promotor, o defensor e os servidores devem ser capacitados para atuar nessas varas, que precisam contar com equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais

especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (LMP 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (LMP 34). Claro que, diante da realidade brasileira, não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todos os cantos do País, até porque, de modo injustificado, não foi sequer imposta a sua criação ou definidos prazos para sua implantação. O Conselho Nacional de Justiça expediu recomendação aos Tribunais de Justiça para que procedam à implantação dos JVDFM.[20]

Outra mudança substancial: o afastamento da violência doméstica do âmbito dos **Juizados Especiais** (LMP 41). A alteração de competência justifica-se. Ainda que a Constituição Federal tenha assegurado algumas benesses aos delitos de menor potencial ofensivo (CF 98 I), foi delegado à legislação infraconstitucional definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a L 9.099/95, elegendo como de menor lesividade a lesão corporal leve e a lesão culposa, sem, no entanto, dar nova redação ao Código Penal (L 9.099/95 88). Ainda que a Lei Maria da Penha tenha subtraído de sua égide a violência doméstica, expressamente é determinado que a autoridade policial tome a termo a representação (LMP 12 I), só sendo admitida a desistência da representação perante o juiz e o Ministério Público (LMP 16).

Enquanto não ocorrer a instalação dos JVDFMs, as demandas serão encaminhadas às varas criminais (LMP 33), mesmo que a maioria das providências a serem tomadas seja no âmbito do direito das famílias. Como é garantido o direito de preferência (LMP 33 parágrafo único), indispensável é a imediata criação dos juizados especializados, pois nas varas criminais tramitam as ações de réu preso, o que coloca o juiz em delicada situação.

Cabe atentar a que cada denúncia de violência doméstica pode gerar duas demandas. Tanto o expediente encaminhado pela autoridade policial para a adoção de medidas protetivas de urgência (LMP

12 III) como o inquérito policial (LMP 12 VII) serão enviados a juízo em momentos diferentes. Há a possibilidade da substituição de uma medida protetiva por outras, bem como a concessão de novas providências para garantir a segurança da ofendida, seus familiares e seu patrimônio. Tal pode ser determinado de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da ofendida (LMP 19 §§ 2.º e 3.º).

Independente de conceder ou ou não a tutela de urgência, o magistrado pode designar **audiência** de justificação ou de conciliação. Essa providência, ainda que não prevista na lei, é salutar, até porque os provimentos adotados envolvem questões de direito das famílias. A finalidade não é induzir a vítima a desistir da representação nem forçar a reconciliação do casal. É uma tentativa de solver consensualmente temas como guarda dos filhos, regulamentação das visitas, definição dos alimentos etc. Na audiência, presente o Ministério Público (LMP 25), tanto a vítima (LMP 27) como o agressor estarão assistidos por advogado. O acordo homologado pelo juiz constitui título executivo judicial (CPC 515 II). A transação não significa renúncia à representação (LMP 16) e tampouco obstáculo ao prosseguimento do inquérito policial. Sem êxito a tentativa conciliatória, permanece hígido o decidido em sede liminar. Em qualquer hipótese deve a vítima, se não estiver acompanhada de procurador, ser encaminhada à Defensoria Pública.

Deferida ou não medida antecipatória, realizado ou não acordo, nada obstaculiza o andamento do inquérito policial, que será distribuído ao mesmo juízo que apreciou o procedimento cautelar. Somente nos crimes de ação penal pública condicionada, pode a vítima renunciar à representação (LMP 16).

Não incidindo a Lei dos Juizados Especiais, não há falar em suspensão condicional do processo (L 9.099/95 89), composição de danos ou aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (L 9.099/95 72). Aliás, foi para dar ênfase a essa vedação que a lei acabou expressamente por vetar a aplicação de penas de

pagamento de **cesta básica** ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa (LMP 17). Igualmente, não dá mais para o Ministério Público propor transação penal ou aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (L 9.099/95 76).

O último dispositivo da lei é dos mais salutares, ao permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a **programas de recuperação e reeducação** (LMP 45; LEP 152 parágrafo único). Mas para isso é necessário que tais espaços existam. Apesar de ser concorrente a competência da União, dos Estados e dos Municípios para a estruturação desses serviços, a serem prestados por profissionais das áreas psicossociais (LMP 35), é sabido que sua implementação é difícil. Certamente mais uma vez será chamada a sociedade a suprir as falhas do Estado. Necessário assim que universidades, organizações não governamentais, serviços voluntários se disponham a concretizar esta que é a mais eficaz arma para coibir a violência doméstica: gerar no agressor a consciência de que ele não é o proprietário da mulher, não pode dispor de seu corpo e muito menos comprometer impunemente sua integridade física, higidez psicológica e liberdade sexual.

Leitura complementar

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MENDES, Maria Goretti Soares. *O direito de não ser mãe*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 09, p. 35-58, abr.-maio 2009.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VENTURELLI, Camila de Camargo Silva. Força e fragilidade da mulher no direito: *feminist jurisprudence* (feminismo jurídico) e seus reflexos no direito de família brasileiro. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos de Oliveira (orgs.). *Problemas no direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 259-274.

1

Rodrigo da Cunha Pereira, Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social, 156.

2

Diana Corso, Socorro, Barata!

3

Rosana Fachin, Do parentesco e da filiação, 138.

4

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 14.

5

Camila de Camargo Silva Venturelli, Força e fragilidade da mulher no direito:..., 260.

6

Paulo Lôbo, Do poder familiar, 179.

7

Rodrigo da Cunha Pereira, Família, direitos humanos..., 160.

8

Fernanda Tartuce, Processo civil aplicado ao direito de família, 56.

9

Rodrigo da Cunha Pereira, A desigualdade dos gêneros..., 167.

10

Paulo Lôbo, Educação: o ensino do direito de família no Brasil, 333.

11

Lei 6.001/73.

12

Paulo Lôbo, As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais..., 9.

13

Idem, ibidem.

14

A Lei 13.112/05 deu nova redaçaõ ao § 1º do art. 52 da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos)

15

O Código Civil de 1916 já trazia igual possibilidade, sem a previsão da gravidez, autorizando, no entanto, o juiz a ordenar a separação de corpos.

16

Lei 11.977/09, art. 35.

17

Lei 11.977/09, art. 35-A.

18

Lei 11.804/08.

19

Silvia Pimentel et al, A figura/personagem mulher em processos de família, 20.

20

Recomendação 9/07 do CNJ.

8. NOME

SUMÁRIO: 8.1 Tentativa conceitual - 8.2 Composição - 8.3 Nomes da família - 8.4 Nome da mulher - 8.5 Casamento - 8.6 União estável - 8.7 Divórcio - 8.8 Anulação do casamento - 8.9 Nome do homem - 8.10 Reintegração do nome - 8.11 Viuvez - 8.12 Nome dos filhos: 8.12.1 Casamento dos pais; 8.12.2 Divórcio dos pais; 8.12.3 Adoção - 8.13 Declaração de paternidade - 8.14 Adoção do nome do padrasto - 8.15 Transexualidade - Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.565 § 1.º, 1.578; L 8.560/92 3.º parágrafo único; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 50 a 66; L 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 47 § 5.º; L 11.924/09 e L 12.100/09; L 9.807/99 (Lei de Proteção à Testemunha) 9.º *caput*; Resolução Conjunta 03/12, CNJ e CNMP (assento de nascimento de indígena).

8.1. Tentativa conceitual

Os **direitos de personalidade** constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los, dotando-os de proteção própria.[1] São direitos indisponíveis, inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.[2] O **nome** é um dos direitos mais essenciais da personalidade[3] e goza de todas essas prerrogativas. À luz da psicanálise, o nome retrata não só a identidade social, mas, principalmente, a subjetiva, permitindo que a pessoa se reconheça enquanto sujeito e se identifique jurídica e socialmente.[4] Trata-se de um bem jurídico que tutela a intimidade e permite a individualização da pessoa, merecendo a proteção do ordenamento jurídico de forma ampla.[5] Assim, o nome dispõe de um valor que se insere no conceito de **dignidade da pessoa humana** (CF 1.º III).

Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas também à identificação de sua origem familiar. O nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. O patronímico pertence à entidade familiar[6] e identifica os vínculos de parentesco. Adquire-se o direito ao nome mesmo **antes de nascer**. Todas as pessoas precisam ser registradas junto ao Registro Civil do local onde nasceu (LRP 50).[7] Mesmo ocorrendo o nascimento sem vida, ainda assim é necessário o registro do natimorto (LRP 53), com a indicação de seu nome e prenome (LRP 54). O nome individualiza as pessoas, as distingue durante a vida e é um elemento da personalidade que sobrevive à **morte**.[8]

Os membros de uma família têm um nome que os identifica como seus integrantes e revela a **ascendência familiar**. Quem nasce dentro de uma família constituída pelo **casamento** recebe também uma denominação referente aos vínculos de parentesco que marcam sua posição dentro da família. Com o casamento, os cônjuges passam à condição de marido e mulher. Os pais de cada um transformam-se em sogro e sogra do outro cônjuge e este, em nora e genro. Todos os demais parentes também dispõem de nomenclatura própria que os situa dentro do universo familiar. As expressões tios, sobrinhos, primos, cunhados sinalizam o lugar que cada qual ocupa no seio de sua família.

Existe toda uma proteção à **imutabilidade** do nome, visando a preservar a **segurança das relações sociais**. Por isso há severa resistência em admitir alterações do nome ou do sobrenome.[9] Tal proteção, no entanto, não impõe a participação do Ministério Público, pois não se vislumbra interesse público ou social (CPC 178 I). Somente a correção de **erros** é que pode ser levada a efeito pela via administrativa (LRP 110). Possível a mudança, no entanto, se o registro foi feito em desacordo com a vontade da mãe[10] ou para a identificação da ancestralidade.[11]

O prenome é definitivo. Somente é admitida sua alteração por exceção e motivadamente (LRP 57 *caput*).[12] Pretendendo alguém **mudar o nome** que o desagrada, só pode fazê-lo no período de **um ano** após ter atingido a **maioridade** (LRP 56). Assim, do dia que fizer 18 anos até completar 19 anos, qualquer um pode pedir a alteração de seu nome. A exceção à regra da imutabilidade justifica-se, pois a pessoa não participou da escolha do nome e, no limiar da plena capacidade, a **alteração** não gera maiores transtornos pessoais ou sociais. Este prazo, por sua exiguidade, vem sendo desprezado pela justiça, pois descabido alguém manter o nome que lhe causa desconforto. No entanto, para obter a mudança depois de ultrapassado o limite da idade, é imperioso motivar o pedido.

A substituição do nome cabe em duas hipóteses: (a) por **apelido público notório**; (b) em razão de **coação ou ameaça** decorrente de colaboração na apuração de crime (LRP 58). Há mais uma possibilidade de alteração do nome, ainda que fora da seara do direito das famílias, que é autorizada pela Lei de Proteção à Testemunha.[13]

8.2. Composição

O nome da pessoa tem dois elementos. A expressão **nome** tem um significado genérico, e compreende tanto o **prenome** como o **sobrenome**. Comumente se chama de nome, o prenome. Sobrenome é o elemento do nome que identifica a estirpe familiar. **Patronímico** é o nome do pai. **Apelido de família** também se refere à ascendência masculina.

É indispensável o **registro** do recém-nascido no prazo de 15 dias de seu nascimento (LRP 50), a ser levado a efeito pelo pai ou pela mãe, juntos ou isoladamente (LRP 52 § 1.º). De modo geral, o nome da pessoa é composto por prenome, sobrenome da mãe e patronímico do pai, a evidenciar a ascendência materna e paterna. Por pura tradição, fruto da cultura marcadamente patriarcal,[14] quando

do registro de nascimento do filho, costuma-se inserir primeiro o sobrenome **materno** e depois o **paterno**. É amplamente aceito proceder ao registro somente com o sobrenome paterno, excluindo a ascendência materna. É cabível a inserção do sobrenome materno depois do paterno, possibilidade que não encontra óbice legal e atende ao princípio da igualdade. Na composição do nome, é possível acrescentar o sobrenome das avós, maternas e paternas, em vez da ascendência masculina.

No assento de nascimento, é indicado o nome dos pais e dos avós maternos e paternos (LRP 54). Como a justiça passou a admitir a **adoção por homossexuais** e a reconhecer a dupla maternidade ou paternidade, quando são utilizadas as técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos, o novo modelo de registro não traz a referência a pai ou mãe, consignando-se simplesmente o nome dos genitores e dos avós.

8.3. Nomes da família

No modelo tradicional, **família** era a união de um homem e uma mulher pelos laços do matrimônio com o fim precípuo de perpetuar a espécie. Nessa constelação familiar, todos dispõem de um nome que identifica o lugar de cada um. O **casamento** constitui a família formada pelo **marido** e pela **mulher**, que geram **filhos**. Integram o conceito de família as relações de parentesco natural: **avós**, **irmãos**, **tios**, **sobrinhos**, **primos**, **netos** etc. O casamento gera novas relações de parentesco, havendo toda uma terminologia própria para identificar o **parentesco civil**, universo que compreende **sogros**, **genros**, **noras**, **cunhados** etc.

No contexto dos dias de hoje, em que a família se tornou plural, e o casamento não mais serve para o reconhecimento da entidade familiar, não se pode mais pensar a família no singular.[15] Assim,

imperiosa é a busca de uma nova terminologia em face do pluralismo de formatos que a família assumiu.

A Constituição, ao emprestar juridicidade ao afeto, redimensionou o conceito de família, que passou a ter perfil multifacetário e, por esse prisma é que hoje se deve ver a família e buscar não só um novo conceito para defini-la, mas uma **nomenclatura** que identifique os seus integrantes. Não bastam os vocábulos disponíveis para diferenciar o par formado por quem é egresso de relacionamentos anteriores. Waldyr Grisard diz que chamar essa nova família só de **família** supõe uma conduta de ocultamento da realidade sem identificar as especificidades tanto sociais e afetivas como jurídicas dos novos vínculos.[16]

O fato é que não dispõe a língua portuguesa de uma palavra que permita ao filho identificar quem é, por exemplo, o companheiro da mãe. Ninguém sabe como chamar o filho da mulher do pai. Também não há um vocábulo que permita distinguir o filho comum diante dos filhos de cada um do par, frutos de relacionamentos anteriores. Claro que os termos **madrasta**, **padrasto**, **enteado**, assim como as expressões filho da companheira do pai, ou filha do convivente da mãe e **meio-irmão** não servem, pois trazem uma forte carga de negatividade, resquício da intolerância social.

É chegada a hora de se encontrar uma **nova terminologia** para as famílias pluriparentais, chamadas por muitos de **reconstituídas, recompostas** ou **reconstruídas**. Como geram entre seus membros um vínculo de afinidade, a sugestão de Waldyr Grisard é acrescentar a palavra **afim**, portanto, **pai afim**, **mãe afim** e até **filho afim**.[17] Difícil aceitar tais composições que não se revestem de sonoridade. De qualquer forma, persiste o desafio de encontrar nomes que identifiquem as relações em que o casamento não é o elemento essencial para definir a família e a verdade biológica não serve mais como fator exclusivo para determinar os laços de parentesco.

Os relacionamentos que florescem exclusivamente na trilha do companheirismo e do comprometimento mútuo merecem um nome que retrate o vínculo de afeto que os enlaça. Como o termo **casamento** é reservado a quem contrai *justas núpcias*, para usar a expressão de Clóvis Beviláqua,[18] outros nomes precisam ser cunhados para identificar as famílias não constituídas pelos *sagrados* laços do matrimônio. As palavras **amigado**, **amasiado** ou **concubino** pertencem ao passado, pois faziam referência às relações espúrias ou pecaminosas.

A Constituição acabou se curvando à realidade e enlaçou o afeto no âmbito da proteção do Estado. Para afastar o estigma do termo **concubinato**, o constituinte chamou de **união estável** a relação não matrimonial entre um homem e uma mulher. Só que dita locução não serve para a identificação dos partícipes dessa nova entidade familiar. O Código Civil aleatoriamente fala em **companheiro** e **convivente**, fazendo uso também da expressão **concubino**. Mas nenhuma dessas denominações tem aceitação social, e, conforme bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, a nomeação dos sujeitos de uma relação concubinária será aquela que o costume consagrar.[19]

Além de **dificuldades sociais**, problemas de outra ordem surgem em decorrência da falta de uma terminologia adequada para as novas estruturas de convívio elencadas em sede constitucional como entidades familiares. A partir do momento em que um relacionamento passa a gerar **sequelas patrimoniais**, com reflexos sobre terceiros, imperiosa a sua perfeita identificação, até para emprestar **segurança às relações jurídicas**. Não é somente o casamento que impõe alterações quanto à titularidade dos bens. Também a união estável, ao provocar a comunicabilidade dos bens adquiridos em sua constância, altera o **estado civil** dos... como se diria, concubinos, companheiros, conviventes, parceiros? Enfim, do par. Assim, quem mantém união estável não pode dizer que é **solteiro** ou **viúvo**, tampouco cabe se identificar como **casado**. Igualmente não é possível

se qualificar como **separado** ou **divorciado**, pois não mais é essa sua condição de vida.

Os solteiros, separados, divorciados ou viúvos são pessoas que vivem sós, são donas exclusivas do seu patrimônio e dele podem dispor livremente. Quem mantém convivência duradoura, pública e contínua com outrem constitui uma família e precisa se identificar e ser identificado como integrante de uma nova verdade social e jurídica. Porém, em face da ausência de um nome que identifique o novo estado civil, continuam os integrantes dessas novas famílias se qualificando como solteiros, divorciados ou viúvos. Adquirem bens e os alienam de forma singular, ainda que mantenham uniões estáveis. Como não há obrigação legal de revelarem o **vínculo de convivência**, há uma grave ameaça à ordem econômica, pondo em perigo a higidez da transação levada a efeito, com a possibilidade de severos prejuízos ou a terceiros ou ao companheiro. Imprescindível, portanto, encontrar nomes para essas novas famílias que não nascem, como o casamento, de um ato que as formalize. São relacionamentos que surgem do afeto, impondo que se procure novas palavras que assinalem a origem e a natureza desses vínculos carentes de denominação.

Por mais que se tente encontrar, não há expressão mais adequada para definir quem ama e quem é amado do que a palavra **amante**. No latim, *amante* - particípio presente do verbo **amar** - significa **aquele que ama**. Se duas pessoas estão juntas exclusivamente em razão do amor que as une, é amante quem ama, como também quem é amado. O fato de amores, outrora estigmatizados pela clandestinidade, terem se apropriado do termo não pode permitir que esse belo vocábulo seja condenado para sempre, relegado ao esquecimento. Ao contrário, seu real sentido deve ser o bastante para revivificá-lo em uma nova dimensão, que não é outra senão a sua acepção nativa: amantes são aqueles que se amam!

A expressão **amante** serviria, pois, para denominar os partícipes da uma nova entidade familiar. Ao se constituírem, passariam ambos a se qualificar como **amantes**, assim sendo denominado seu **estado civil**. Desse modo, com facilidade seriam identificados os que vivem um vínculo que leva à perda da titularidade exclusiva de seu patrimônio e à constituição de um condomínio. Para usar termo do agrado da doutrina, a união estável também gera o estado de **mancomunhão**: propriedade em mão comum. Assim, todos saberiam, afinal, a condição das pessoas e dos bens de quem vive com outrem. Não são casadas, nem são solteiras, divorciadas ou viúvas. São amantes porque se amam, e, com o seu amor, formam uma união de afeto. Afinal, é apenas a afetividade, e não a lei, que as mantém unidas.[20] O amor é o elemento constitutivo do vínculo pessoal e patrimonial. A partir da assunção de terminologia adequada, cessariam inseguranças e incertezas. Com facilidade poderiam ser nominados os demais integrantes da nova constelação familiar: os filhos de cada um seriam apresentados como **os filhos do meu amante**, assim como os irmãos, os pais e os demais parentes.

Dentro desse universo de novos vínculos que vêm merecendo aceitação social, as únicas que lograram cunhar uma expressão que as identifica são as uniões de pessoas do mesmo sexo. A partir do momento em que começaram a receber reconhecimento jurídico, os relacionamentos, que eram chamados pelo estigmatizante nome de uniões homossexuais, passou-se a realçar o que dá sentido à relação: a afetividade. Daí, **uniões homoafetivas.**

Ainda que nomes não tenham **efeito mágico**, quem sabe, a partir do momento em que se assinale a natureza afetiva dos vínculos familiares, as pessoas se amem mais e vivam suas relações com a cumplicidade, o companheirismo e o carinho com que somente aqueles que amam - ou seja, os amantes - sabem viver.

8.4. Nome da mulher

Até a vigência do atual Código Civil sempre se falava em "nome da mulher". A expressão encerra sabidas ambiguidades. De forma paradoxal, o nome da mulher dela não é. O nome é do marido.[21]

O Código Civil pretérito **obrigava** a mulher a adotar "os apelidos" do marido, ou seja, o seu sobrenome. A imposição, de forte colorido dominador, estava ligada à feição patriarcal da família. A mudança de um dos atributos da personalidade tinha, por justificativa, a necessidade de identificar a família pelo patronímico do varão. A adoção do **nome do marido** sempre simbolizou a transferência do poder familiar para o poder marital.[22] A alteração não ensejava qualquer questionamento sobre eventuais sequelas que a mudança poderia trazer à segurança jurídica, tão prestigiada pela Lei dos Registros Públicos. Nem havia motivo para maiores preocupações. É que, com o casamento, a mulher perdia a plenitude de sua **capacidade civil**. O homem era o "cabeça do casal" e o "chefe da sociedade conjugal", competindo-lhe a representação legal da família e a administração dos bens da esposa. Partia-se da falsa fantasia de que as mulheres nada poderiam fazer a ponto de abalar a segurança social. Essa crença perdurou mesmo depois do chamado **Estatuto da Mulher Casada** (L 4.121/62), que devolveu à esposa a plena capacidade. A ninguém assaltou a ideia de que, no pleno uso da capacidade civil e podendo trabalhar sem depender da autorização do marido, a alteração do nome, levada a efeito pelo casamento, poderia trazer alguma intranquilidade jurídica.

A partir do momento em que o sistema jurídico afastou a indissolubilidade do casamento, a temática envolvendo o nome adquiriu novos contornos. A **Lei do Divórcio** tornou **facultativa** a alteração do nome da mulher quando do casamento. Era sua a opção de continuar usando o nome de casada quando da separação. No entanto, se era ela quem tomava a iniciativa da ação, ou se fosse reconhecida a sua culpa pelo fim do casamento, voltava compulsoriamente ao

nome de solteira. A partir de 1992,[23] na **conversão da separação em divórcio**, a exclusão do sobrenome do marido passou a ser obrigatória. A **perda do nome** era decretada mesmo contra a vontade das partes, em clara afronta ao direito à identidade. Somente em raras hipóteses[24] havia a possibilidade da mantença do nome. Porém, não existia igual determinação quando se tratava de **divórcio** direto.

8.5. Casamento

A possibilidade de os noivos alterarem o nome é quando do casamento. Mas nada impede que a mudança ocorra em momento posterior. Só que, nesta hipótese - e injustificadamente - exige o STJ que o pedido precisa ser feito pela via judicial.[25]

O Código Civil faculta a **qualquer dos noivos** acrescer ao seu o sobrenome do outro (CC 1.565 § 1.º). Pelo jeito para levar o **princípio da isonomia** às últimas consequências. Apesar do uso da expressão **acrescentar nada justifica impedir** a supressão do sobrenome próprio, adotando exclusivamente o nome do cônjuge, prática das mais reiteradas. Mas o próprio STJ resiste, exigindo justificação para o pedido.[26],

Com o divórcio e a constitucionalização da união estável, o casamento perdeu a conotação sacralizada e sua finitude tornou-se previsível. Ninguém mais acredita no juramento "até que a morte os separe". Assim, a solução jurídica mais harmoniosa com a plena igualdade não parece ser a possibilidade de oferecer ao marido a opção de adotar o sobrenome da mulher, mas, ao revés, a de estabelecer a regra da **inalterabilidade** do sobrenome de cada cônjuge após o casamento.[27]

Como é facultado a qualquer do par alterar o nome, possível **ambos trocarem o nome**. A recíproca mudança permite que os dois portem somente o sobrenome do outro. Essa possibilidade acaba por subtrair do nome de família sua característica de sinalizar o núcleo familiar, o que, no entanto, não gera qualquer transtorno social.

A mobilidade das estruturas de convívio nem mais reclama a identificação da estirpe familiar. As pessoas migram com desenvoltura de um relacionamento a outro, mudanças que não comprometem a segurança das relações jurídicas. Nada justifica a desrespeitar a liberdade do par, ainda que a maior expressão da liberdade seja simplesmente ninguém abandonar a própria identidade em razão do casamento. Afinal, não é a identidade do nome que consolida o vínculo afetivo, mas a cumplicidade do par.

8.6. União estável

O Código Civil prevê a possibilidade de alteração do nome somente no casamento (CC 1.565 § 1.º). No entanto, a Lei de Registros Públicos[28] permite, excepcionalmente, à **mulher** averbar no registro de nascimento o **patronímico do companheiro**, mediante uma série de requisitos (LRP 57 §§ 2.º a 6.º). Reconhecendo a necessidade de adequar o texto ao novo panorama constitucional, a jurisprudência passou a admitir a mudança, bastando a comprovação da união estável (CC 1.723).

No entanto, há que se admitir que o pedido seja feito perante o juízo das varas do registro público, sendo dispensável prévia demanda de reconhecimento da existência da união. Afinal, se trata de procedimento de **jurisdição voluntária**.

O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo autorizou a adoção do nome por qualquer dos companheiros na **escritura** de união estável.[29]

Ou seja, agora, não só a mulher, também o **homem** tem o direito de alterar seu nome, passando a usar o da companheira.

8.7. Divórcio

Tanto o homem como a mulher, quando do **casamento**, pode adotar o sobrenome do cônjuge (CC 1.565 § 1.º). Também é facultada a mantença do nome de casado ou o retorno ao nome de solteiro quando do **divórcio**. Tais alterações dependem da **livre vontade** de cada um dos cônjuges. Nada impede, depois mesmo do divórcio, a volta ao nome de casado, se assim concordarem os ex-cônjuges.

A mantença ou a mudança do nome depende exclusivamente do desejo do cônjuge que o adotou. O juiz não pode determinar a exclusão.[30] Os dois dispositivos que tratavam do tema com referência à separação judicial (CC 1.571 § 2.º e 1.578) não subsistem. Com o fim da separação também acabaram os questionamentos sobre culpa. O cônjuge pode manter o nome quando do divórcio e, posteriormente, a qualquer tempo, abandoná-lo. Condicionar o uso do nome - que é um dos atributos da identidade - à concordância do "dono" do nome infringe o sagrado princípio constitucional de respeito à **dignidade**. Não pode um dos elementos identificadores da pessoa ficar condicionado ao favor de alguém, à condescendência de outrem, descabendo perquirir sobre a vida particular do ex-cônjuge para, como uma apenação, limitar o uso do nome.

O cônjuge não tem mais a possibilidade de **subtrair o nome** de quem deixou de o amar, atitude claramente vingativa. Tratava-se de verdadeira condenação do "culpado" pelo fim do amor. A partir do casamento, o nome de um não é mais do outro, é seu também. O

nome adotado com o casamento passa a ser o nome de família e o seu nome próprio, integrando seu direito à personalidade.[31] Com o casamento, o cônjuge não empresta simplesmente o seu nome ao outro que o acresce, de modo a se poder exigir que aquele que teve o nome modificado pelo enlace conjugal o altere novamente por ocasião do divórcio. Se assim fosse, se estaria retrocedendo ao tempo em que a mulher era assujeitada, tida como propriedade masculina, ficando à mercê dos mandos e desmandos do marido.[32]

No silêncio, por ocasião do divórcio, permanece inalterado o nome dos cônjuges. Indispensável a expressa manifestação do cônjuge sobre a exclusão do nome.[33]

Porém, nada impede que, a qualquer momento, seja buscado o retorno ao nome de solteiro.

Levado a efeito o divórcio **extrajudicialmente** (CPC 733), vale o que os cônjuges acordarem. Tal pode ocorrer também por escritura pública, da qual não precisa participar o ex-parceiro.

8.8. Anulação do casamento

Anulado o casamento, os efeitos desconstitutivos retroagem à data da sua celebração (CC 1.563). É como se não tivesse existido.

Eventual alteração do nome, levada a efeito por um ou ambos os cônjuges, também se desfaz. Ambos retornam ao nome de solteiro. Na hipótese do **casamento putativo**, em que é reconhecida a boa-fé do cônjuge, o matrimônio é eficaz da data de sua celebração até o trânsito em julgado da sentença anulatória (CC 1.561). Assim, nada impede que o cônjuge de boa-fé, que adotou o sobrenome do outro, mantenha o nome de casado. Não há necessidade sequer de alegar ou provar motivos (CC 1.578), pois tal dispositivo encontra-se derrogado em face da extinção do instituto da separação.

8.9. Nome do homem

Quando do casamento, qualquer dos nubentes pode adotar o nome do outro (CC 1.565 § 1.º). A partir de 11.01.2003, quando entrou em vigor o Código Civil, surgiu a possibilidade de também o noivo optar pelo sobrenome da noiva. Antes não existia a previsão de o varão trocar o nome.

Tendo o casamento ocorrido antes da data de vigência da lei atual, nada obsta que o marido venha a pleitear a alteração do nome, passando a se identificar pelo sobrenome da mulher. Ainda que a lei fale em "nubente", expressão que designa a condição de alguém **antes do casamento**, como se trata de direito novo, pode ser buscado em momento posterior às núpcias. Inexiste direito adquirido à exclusão de direito. Com o advento de lei concessiva de uma benesse, nada impede a mudança em momento posterior. Basta haver a concordância da mulher, não importando o fato de ela ter aderido ao nome do marido quando do casamento.

8.10. Reintegração do nome

A partir de 1992, a Lei do Divórcio, de modo absolutamente inconstitucional, determinou a exclusão do nome quando da conversão da separação em divórcio. A ablação era feita pelo juiz, mesmo que houvesse a concordância do marido em que a mulher permanecesse usando o seu nome (LD 25 parágrafo único). Afastada essa imposição, se o divórcio ocorreu em data anterior à vigência do Código Civil, há que se reconhecer a possibilidade de a mulher buscar o **restabelecimento do nome de casada** que lhe foi subtraído contra a sua vontade. Não é sequer necessária a concordância do ex-marido, pois não pode ele, pelo atual sistema, opor-se ao desejo de quem quer permanecer com o nome que lhe foi subtraído.

Para o restabelecimento do nome não é preciso declinar qualquer justificativa - basta formular o pedido, através de procedimento de

jurisdição voluntária, ao juízo da vara dos registros públicos. É só anexar a sentença da ação de conversão que determinou a exclusão do nome.

8.11. Viuvez

Mudanças no nome sempre estiveram ligadas ao **casamento**. A possibilidade de alteração surge quando da constituição da nova família. No fim do casamento, abre-se outra oportunidade de alteração. Quem adotou o nome do cônjuge ao casar, no fim da união, pode abandoná-lo e voltar ao nome de solteiro. A **exclusão** do nome é um **direito**, e não mais há a possibilidade de ser uma imposição, pois, junto com a separação, foi sepultada a perquirição de culpas.

Dois acontecimentos ensejam a **dissolução do casamento**: a morte e o divórcio (CC 1.571 § 1.º). Como é possível ao divorciado excluir, a qualquer tempo, o sobrenome adotado quando do casamento (CC 1.578 § 1.º), nada justifica que se negue tal direito ao viúvo. Adotado o nome do cônjuge quando do casamento, vindo ele a falecer, é mais do que razoável excluir o sobrenome do falecido, pois não mais existe a condição de casado que o nome simbolizava. Basta singela manifestação de tal desejo. De todo descabido exigir qualquer motivação ao pedido. O fundamento é o fim do estado de casado. Aliás, não haveria sequer a necessidade do uso da via judicial. A simples apresentação perante o registro civil da certidão de óbito deveria ser suficiente para ensejar a alteração do nome.[34]

8.12. Nome dos filhos

Cada vez mais a verdade biológica e a verdade registral cedem frente a realidade da vida, que privilegia os vínculos da **afetividade** como geradores de direitos e de obrigações. Daí a consagração da **filiação socioafetiva**, que tem origem não em um **ato** - como a

concepção ou o registro - mas em um **fato**: a convivência que faz gerar o que se chama de **posse de estado de filho.**

Ocorreu uma verdadeira revolução no âmbito das relações vivenciais, que deita reflexos na própria identificação dos vínculos parentais. Esta nova realidade impede, por exemplo, a desconstituição do registro de que havia assumido o compromisso de ser pai, como ocorre na chamada **adoção à brasileira**. Do mesmo modo impõe um confronto entre o desejo do filho de se manter na condição de filho, ainda que este não seja o desejo de quem somente é pai registral.

Toda esta mobilidade passou a prevalecer, inclusive, frente ao princípio da **imutabilidade do nome**, consagrado para manter a **segurança das relações jurídicas**. Não foi outro o propósito, ao ser admitida a inclusão do nome do padrasto. E cada vez mais a jurisprudência vem sendo sensível e admite a alteração do nome quando o registro não preserva o próprio direito à identidade. Assim possível é a **supressão do sobrenome** do pai registral, mediante a prova do abandono.[35] Também é possível a substituição pelo sobrenome do guardião.[36]

8.12.1. Casamento dos pais

Nascido o filho e registrado no nome da mãe, vindo esta a casar, modo expresso é assegurado o direito de averbar a alteração no registro de nascimento do filho (L 8.560/92 art. 3.º parágrafo único). Ou seja, se, ao casar, a mãe adota o nome do marido, está autorizada a solicitar a **retificação** no registro de nascimento do filho. A intenção da lei é clara: evitar que o registro revele que o filho nasceu antes do casamento de seus pais, valorando, ao que parece, a família constituída pelo matrimônio. No entanto, tal dispositivo não diz que a retificação só é admitida quando ocorrer o **casamento da mãe com o pai de seu filho**. Assim, registrado o filho com o nome de solteira da mãe, vindo ela a alterar o nome ao casar - seja com quem for -, nada impede que altere seu nome no assento de nascimento do filho,

ainda que este não seja filho de seu marido. O que a lei não veda o intérprete não pode limitar.

De outro lado, em face da possibilidade de também **o marido adotar** o sobrenome da mulher (CC 1.565 § 1.º), imperioso reconhecer que não há empecilho para que **qualquer dos genitores** retifique o seu nome no registro de nascimento da prole. Tendo o marido adotado o nome da nova esposa, pode buscar a **retificação** do registro de nascimento de seu **filho**, nascido do casamento anterior com **outramulher**. Não há vedação legal. Trata-se de simples exercício de direito, que vem se afastando, cada vez com mais desenvoltura, do viés sacramental do casamento. Essa linha argumentativa também cabe em se tratando de mudança do nome em decorrência da **união estável**. Nada obsta que o homem ou a mulher proceda à troca do nome no registro de nascimento de seus filhos, ainda que a prole seja fruto de outros vínculos afetivos.

8.12.2. Divórcio dos pais

Na constância do casamento, os filhos são registrados com os nomes dos seus genitores. Quando da dissolução do casamento dos pais, modo geral, **abandona** o cônjuge o **nome** que adotara ao casar. Assim, há uma discrepância entre o nome do genitor e o nome que consta do assento de nascimento dos filhos. O registro passa a indicar uma realidade que **não existe**, ou seja, o que está registrado não corresponde à verdade real. Geralmente essa situação é verificada em relação à mulher, pois até agora era ela quem adotava o patronímico do marido.

Mas a **imodificabilidade** dos registros públicos não é **absoluta**. Comporta exceção exatamente na hipótese inversa. É possível a **averbação** do patronímico materno no termo de nascimento do filho nascido e registrado antes do casamento da mãe (L 8.560/92 3.º parágrafo único). Ora, se existe tal possibilidade de alteração para adequar o nome do filho ao nome da mãe, em razão do casamento,

imperativo reconhecer - até em respeito ao princípio da simetria - a mesma possibilidade de harmonização quando a mudança ocorrer em razão do divórcio. No entanto o STJ admite somente a averbação da mudança e não a simples alteração.[37] Não só a mãe, mas o próprio filho pode pleitear a mudança.[38] Possível, inclusive, a exclusão do nome do genitor da certidão de nascimento do filho, em face do divórcio dos pais.[39]

8.12.3. Adoção

A adoção atribui ao adotado a **condição de filho** para todos os efeitos, sendo vedada qualquer designação discriminatória (CF 227 § 6.º). Assim, não deve constar nenhuma observação no registro de nascimento do adotado sobre a **origem dafiliação** (ECA 47 § 4.º). O registro anterior é cancelado. No novo registro deve constar, além do nome do adotante, também o de seus ascendentes (ECA 47 § 1.º).

O **sobrenome** do adotado será o do adotante. A alteração é obrigatória. Pode haver a alteração do **nome** se houver o desejo do adotante ou do adotado, se for criança ou adolescente (ECA 47 § 5.º). Se a modificação for requerida pelo adotante, a vontade do adotado precisa ser respeitada. Caso tenha ele mais de 12 anos de idade, é obrigatório que o seu consentimento seja colhido em audiência (ECA 47 § 6.º). Constará no registro de nascimento, os adotantes como pais e seus ascendentes como avós.

A chamada Lei da Adoção, que deu nova redação a um punhado de artigos do ECA, admite a possibilidade de o adotado, a partir dos 18 anos, investigar - ou melhor, ver declarada - sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo de adoção (ECA 48). Tal, no entanto, não traz reflexos na identidade nem no nome do adotado.

8.13. Declaração de paternidade

Reconhecida a filiação por meio da demanda declaratória de paternidade, a sentença é averbada no livro do registro de nascimento (LRP 102 § 2.º). Ocorre a inclusão do nome do genitor no assento de nascimento, além da indicação do nome dos avós. Também se procede à alteração do sobrenome do filho, agregando-se o patronímico do pai.

Por requerimento do investigado, há a possibilidade de não ocorrer a alteração do nome quando o pedido é justificado. A ausência de vínculo afetivo com o genitor e o interesse de manter estampada, no nome, a gratidão de quem o criou serve para inibir a retificação.

Promovida pelo pai biológico a retificação do registro, reconhecida a filiação socioafetiva, não ocorre a alteração do registro de nascimento.[40]

8.14. Adoção do nome do padrasto

O novo referencial que identifica os vínculos interpessoais e parentais mais pelo afeto do que pela verdade registral ou biológica fez surgir um novo conceito, tanto de conjugalidade como de filiação. Não é mais exclusivamente o casamento que identifica a família. Também não é a identidade genética que marca a relação de parentesco. Tanto os vínculos extramatrimoniais como a **filiação socioafetiva** conquistaram espaço no âmbito jurídico. Tal reflete-se também no tema do nome.

A filiação socioafetiva tem mais significado do que o vínculo consanguíneo. Assim, cada vez mais surge a busca do reconhecimento do vínculo da afetividade. Outro não foi o motivo que levou o legislador a admitir ao enteado agregar o nome do padrasto ou da madrasta ainda que tal não se reflita na relação de filiação (LRP 57 § 8.º).

Para a adoção do sobrenome, é dispensável a concordância do genitor.[41] Mas é indispensável a expressa concordância do padrasto, que deve integrar a ação como **litisconsorte necessário**.[42]

Quando há a concordância do pai registral, o pedido de inclusão do sobrenome do padrasto pode ser promovido perante a Vara do Registro Público.

8.15. Transexualidade

A falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico chama-se transexualidade. É uma realidade que ainda aguarda regulamentação, pois se reflete na identidade do indivíduo e na sua inserção no contexto social. Situa-se no âmbito do **direito de personalidade** e do **direito à intimidade**, direitos que merecem destacada atenção constitucional.

A **identificação** do indivíduo é feita no momento do nascimento, por meio do critério anatômico, de acordo com o aspecto da genitália externa. O sistema jurídico, cioso de seus mecanismos de controle, estabelece, desde logo, com o nascimento, uma **identidade sexual** teoricamente imutável e única.[43] No entanto, a **aparência externa** não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual. Quando existe divergência entre a identidade civil e a identidade sexual, deve espelhar a **identidade social.**

Com a evolução das técnicas cirúrgicas, tornou-se possível mudar a morfologia sexual externa, para encontrar a identificação da aparência com o sexo desejado. No entanto, após a realização da cirurgia, que extirpa ou constrói os órgãos genitais aparentes, adaptando o sexo à identidade psicossocial, questão de outra ordem se apresenta: a necessidade de retificar o registro de nascimento.

A lei registral consagra o princípio da **imutabilidade relativa** do nome (LRP 58). É vetado, salvo prova de erro ou falsidade, vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC 1.604). Tais restrições legais sempre serviram de obstáculo à pretensão dos transexuais de alterar o nome e a identidade de gênero. No entanto, vem a jurisprudência, em respeito ao princípio da **dignidade humana**, admitindo a **adequação do registro** e autorizando tais mudanças.[44] Mesmo sem a realização da cirurgia de readequação genital, possível a alteração do nome.[45] Como a Justiça não pode impor que alguém se submeta a intervenção cirúrgica para ter assegurado o direito à própria identidade, vem sendo admitida não só a retificação do nome, mas também da identidade sexual mediante o reconhecimento da identidade social.[46] Neste sentido dois enunciados aprovados pelo Conselho Nacional de Justiça.[47]

Leitura complementar

CHINELATO, Silmara Juny. *Do nome da mulher casada.* São Paulo: Forense Universitária, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana*. Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 7, p. 38-59, out.-dez. 2000.

OLIVEIRA, Euclides. Direito ao nome. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2004. vol. 2, p. 67-88.

SILVA, Marcos Alves da. Nome da mulher - Um estudo na perspectiva dos direitos da personalidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 9, p. 21-38, abr.-jun. 2001.

VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 423-471.

1

Carlos Alberto Bittar, Os direitos da personalidade, 7.

2

Caio Mário da Silva Pereira, Reconhecimento de paternidade e seus efeitos, 144.

3

Maria Celina Bodin de Moraes, Sobre o nome da pessoa humana, 39.

4

Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 87.

5

Silmara Juny Chinelato, Do nome da mulher casada, 66.

6

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 43.

7

É facultativo o registro de nascimento dos indígenas, no qual pode ser lançado o nome indígena do registrando (Resolução Conjunta 03/12, CNJ e CNMP).

8

Maria Celina Bodin de Moraes, Sobre o nome da pessoa humana, 59.

9

Registro civil. Nome de família. Supressão por motivos religiosos. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. 1. O pedido formulado pelos recorrentes tem por objeto a supressão do patronímico paterno - utilizado para identificar a família, composta por um casal e três menores de idade - em virtude das dificuldades de reconhecimento do sobrenome atual dos recorrentes como designador de uma família composta por praticantes do Judaísmo. 2. As regras que relativizam o princípio da imutabilidade dos registros públicos não contemplam a possibilidade

de exclusão do patronímico paterno por razões de ordem religiosa - especialmente se a supressão pretendida prejudica o apelido familiar, tornando impossível a identificação do indivíduo com seus ascendentes paternos. Art. 56 da Lei 6.015/73. 3. O art. 1.565, § 1.º, do CC/02 em nenhum momento autoriza a supressão ou substituição do sobrenome dos nubentes. Apenas faculta a qualquer das partes o acréscimo do sobrenome do outro cônjuge aos seus próprios patronímicos. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1.189.158/SP (2010/0063734-2), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/12/2010).

10

Registro civil. Mudança de nome. Em virtude da ausência de dispositivo legal para situações em que o pai registra o filho com nome diverso daquele combinado com a mãe, cabe ao magistrado construir uma resposta jurisdicional que se harmonize com os valores constitucionalmente prestigiados, o que foi feito com brilhantismo pelo juízo *a quo*. Os genitores do autor-apelante estão de acordo com o pleito de retificação do nome. A alteração não trará prejuízo a terceiros. Mantida, pois, a sentença de procedência. Recurso não provido. (TJSP, AC 9090065-73.2009.8.26.0000, 10.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Roberto Maia, j. 11/02/2014).

11

Ação de retificação de registro civil - Alteração do sobrenome - Patronímicos familiares - Possibilidade. O "sobrenome" admitirá modificação nas hipóteses dos arts. 56 (opção do registrado quando alcançar a maioridade civil, sem prejudicar os apelidos de família); 57 (motivação excepcional); ou 110 (erro de grafia), todos da Lei n. 6.015/73 - LRP. Verificando-se que a retificação de registro civil pretendida possibilitará à parte a oportunidade de ostentar sobrenomes utilizados por sua família, não se pode negar que dita alteração possibilitará melhor compreensão de sua ancestralidade, dando-lhe adequada individualização e, assim, contribuindo para a estabilidade e a segurança das relações jurídicas. (TJMG, AC 1.0223.14.007676-9/001, 6.ª C. Cív., Relatora Des. Yeda Athias, j. 30/06/2015).

12

[12] Ação de retificação judicial de assentamento no registro civil de nascimento. Erro no momento do registro. Mudança do prenome. Risco inerente de traumas e perda de identidade da criança. Recurso conhecido e totalmente provido, à unanimidade. (TJPA, AC 20113010482-5, 4.ª C. Cív. Isolada, Rel. Des. Ricardo Ferreira Nunes, j. 16/07/2012).

13

Lei 9.807/99, 9.º, *caput.*

14

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 421.

15

Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 42.

16

Waldyr Grisard Filho, Famílias reconstituídas..., 660.

17

Idem, 661.

18

Clóvis Bevilaqua, Código Civil..., 327.

19

Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 69.

20

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas..., 97.

21

Marcos Alves da Silva, Nome da mulher..., 25.

22

Paulo Lôbo, As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais..., 9.

23

A Lei 8.408/92 deu nova redação ao parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio.

24

As hipóteses elencadas no art. 25 parágrafo único da Lei do Divórcio são as mesmas que constam do art. 1.578 do CC.

25

Recurso especial. Civil. Registro público. Direito de família. Casamento. Alteração do nome. Atributo da personalidade. Acréscimo de sobrenome de um dos cônjuges posteriormente à data de celebração do casamento e da lavratura do respectivo registro civil. Via judicial. Possibilidade. Recurso desprovido. 1. O art. 1.565, § 1.º, do CC autoriza a inclusão do sobrenome de um dos nubentes no nome do outro, o que se dá mediante solicitação durante o processo de habilitação, e, após a celebração do casamento, com a lavratura do respectivo registro. Nessa hipótese, a alteração do nome de um ou de ambos os noivos é realizada pelo oficial de registro civil de pessoas naturais, sem a necessidade de intervenção judicial. 2. Dada a multiplicidade de circunstâncias da vida humana, a opção conferida pela legislação de inclusão do sobrenome do outro cônjuge não pode ser limitada, de forma peremptória, à data da celebração do casamento. Podem surgir situações em que a mudança se faça conveniente ou necessária em período posterior, enquanto perdura o vínculo conjugal. Nesses casos, já não poderá a alteração de nome ser procedida diretamente pelo oficial de registro de pessoas naturais, que atua sempre limitado aos termos das autorizações legais, devendo ser motivada e requerida perante o Judiciário, com o ajuizamento da ação de retificação de registro civil prevista nos arts. 57 e 109 da L 6.015/73. Trata-se de procedimento judicial de jurisdição voluntária, com participação obrigatória do Ministério Público. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 910.094/SC, 4.ª T., Rel. Min. Raul Araújo, p. 19/06/2013).

26

Recurso especial. Direito civil. Família. Casamento. Nome civil. Supressão do patronímico materno. Possibilidade. Justo motivo. Direito da personalidade. Integridade psicológica. Laços familiares rompidos. Autonomia de vontade. 1. Excepcionalmente, desde que preservados os interesses de terceiro e demonstrado justo motivo, é possível a supressão do patronímico materno por ocasião do casamento. 2. A supressão devidamente justificada de um patronímico em virtude do casamento realiza importante direito da personalidade, desde que não prejudique a plena ancestralidade nem a sociedade. 3. Preservação da autonomia de vontade e da integridade psicológica perante a unidade familiar no caso concreto. 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.433.187/SC (2014/0022694-1), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26/05/2015).

27

[27] Maria Celina Bodin de Moraes, Sobre o nome da pessoa humana, 53.

28

Cabe atentar que a Lei de Registros Públicos (L 6.015/73) é anterior à Lei do Divórcio (L 6.515/77).

29

SP, AC 9000001-04.2013.8.26.0541, Rel. Des. Hmilton Elliot Ekel, p. 20/05/2014.

30

Divórcio direto. Cônjuge mulher. Alteração do nome de casada. Necessidade de manifestação expressa. 1. Cinge-se a discussão na alteração do nome de casada do cônjuge em decorrência da extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio. 2. O nome da pessoa natural possui proteção específica nos arts. 16 a 19 do CC, tratando-se de direito da personalidade e fundamental, por ser elemento que identifica a pessoa perante o meio social, com proteção, ainda, nos arts. 1.º, inc. III, e 5.º, inc. X, ambos da CF. Doutrina. 3. Insta salientar que o art. 1.578 do CC dispõe que o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que a alteração não acarrete evidente prejuízo para sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida e dano grave reconhecido na decisão judicial. O parágrafo primeiro do dispositivo citado prevê, ainda, que o cônjuge inocente poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. 4. Por outro lado, fora dos casos acima, o § 2.º, também do art. 1.578 do CC dispõe que caberá a opção pela conservação do nome de casado. 5. Todavia, com a EC 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6.º, da CF, a extinção do vínculo matrimonial prescinde de prévia separação judicial, bastando o divórcio. 6. Por tais razões, conclui-se que não se há de falar em separação judicial, tampouco em culpa e, por isso, incide tão somente o § 2.º do art. 1.578 do CC, para que a opção pela conservação do nome de casado seja exercida pelo cônjuge, não cabendo alteração sem sua expressa aquiescência. Doutrina e precedentes do TJRJ. 7. Por fim, é de bom alvitre ressaltar que, ante ao disposto no art. 320, inc. II, do CPC, a revelia não induz à presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, muito menos enseja a presunção de concordância da recorrente com a supressão do nome de casada, haja vista que, frise-se, trata-se de direito da personalidade e fundamental, logo, indisponível, e, por tal razão, necessária sua manifestação expressa, o que não ocorreu no caso dos autos. 8. Dessa forma, verifica-se que a sentença vergastada não guarda consonância com a doutrina e a jurisprudência desta Corte de Justiça, de forma que deve ser reformada a fim de que seja mantido o nome de casada da ré, ora recorrente. 9. Recurso provido. (TJRJ, AC 0013946-08.2009.8.19.0038, 14.ª C. Cív., Rel. Des. Jose Carlos Paes, j. 12/09/2014).

31

Silmara Juny Chinelato, Do nome da mulher casada, 138.

32

Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 87.

33

Divórcio litigioso. Nome. Direito personalíssimo. Citação por edital. Revelia. Curadoria especial. Retorno ao uso do nome de solteiro. Necessidade de expressa manifestação pessoal. Sentença reformada. 1. A mudança do nome realizada pelo casamento incorpora-se à personalidade de seu titular, sendo-lhe, por tal razão, facultada a escolha em permanecer com o nome de casado, mesmo após a dissolução do casamento, nos termos do § 2.º do art. 1.571 do CC. 2. Por se tratar de direito personalíssimo, apenas ao cônjuge que teve seu nome alterado cabe manifestar-se pessoal e expressamente acerca da manutenção ou retorno ao uso do nome de solteiro. 3. Inadequada a determinação de retorno ao uso do nome de solteiro a cônjuge, citado por edital, que não exerceu pessoal e expressamente a opção prevista no art. 1.571, § 2.º, do CC, sob pena de lhe retirada prerrogativa de escolha quanto a elemento integrante de sua personalidade. 4. Recurso conhecido e provido. (TJDF, 20130310073539, 5.ª T. Cív., Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos, j. 28/08/2013).

34

Nome da pessoa natural. Imutabilidade. Relativização. Lei 6.015/73. Alteração registro. Retirada de patronímico do marido falecido. Possibilidade. Tanto o prenome quanto o nome são atributos inerentes à personalidade, necessários à identificação das pessoas, sendo possível sua alteração, em casos especiais. Embora a regra adotada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio seja a imutabilidade do registro civil, devido à evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária, dita imutabilidade acabou por ser relativizada, conforme arts. 57 e 58, da Lei 6.015/03. Preenchidos os requisitos legais, deve ser concedida a alteração do nome da requerente junto ao Cartório de Registro Civil, para retornar ao nome de solteira após o falecimento do marido. (TJMG, AC 10433120075083001, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 24/01/2013).

35

Recurso especial. Direito civil. Registro civil. Nome. Alteração. Supressão do patronímico paterno. Abandono pelo pai na infância. Justo motivo. Retificação do assento de nascimento. Interpretação dos artigos 56 e 57 da Lei n.º 6.015/73.

Precedentes. 1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. 2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. 3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna. 4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial. 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.304.718, 3.ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.18/12/2014).

36

Alteração de assento de nascimento. Menor que pretende, sem supressão do patronímico dos genitores, o acréscimo do sobrenome de seu guardião. Reflexos psicológicos que recomendam o deferimento. Formação da família moderna não-consanguínea que tem sua base na afetividade. As relações familiares deitam raízes na Constituição da República, que tem como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). Recurso provido. (TJSP, AC 0008447-16.2009.8.26.0081, 1..ada justifica impedir a

---

C. Dir. Priv., Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 09/09/2014).

37

[37] Recurso especial. Retificação. Sobrenome. Registro de nascimento dos filhos. Direito subjetivo. Possibilidade. Princípio da simetria. 1. É direito subjetivo da pessoa retificar seu patronímico no registro de nascimento de seus filhos após divórcio. 2. A averbação do patronímico no registro de nascimento do filho em decorrência do casamento atrai, à luz do princípio da simetria, a aplicação da mesma norma à hipótese inversa, qual seja, em decorrência do divórcio, um dos genitores deixa de utilizar o nome de casado (art. 3.º, parágrafo único, da Lei n.º 8.560/1992). 3. Em razão do princípio da segurança jurídica e da necessidade de preservação dos atos jurídicos até então praticados, o nome de casada não deve ser suprimido dos assentamentos, procedendo-se, tão somente, a averbação da alteração requerida após o divórcio. 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.279.952/MG, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 03/02/2015).

38

[38] Divórcio direto. Cônjuge mulher. Alteração do nome de casada. Necessidade de manifestação expressa. 1. Cinge-se a discussão na alteração do nome de casada do cônjuge em decorrência da extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio. 2. O nome da pessoa natural possui proteção específica nos arts. 16 a 19 do CC, tratando-se de direito da personalidade e fundamental, por ser elemento que identifica a pessoa perante o meio social, com proteção, ainda, nos arts. 1.º, inciso III, e 5.º, inciso X, ambos da CF. Doutrina. 3. Insta salientar que o art. 1.578 do CC dispõe que o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que a alteração não acarrete evidente prejuízo para sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida e dano grave reconhecido na decisão judicial. O parágrafo primeiro do dispositivo citado prevê, ainda, que o cônjuge inocente poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. 4. Por outro lado, fora dos casos acima, o § 2.º, também do art. 1.578 do CC, dispõe que caberá a opção pela conservação do nome de casado. 5. Todavia, com a EC 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6.º, da CF, a extinção do vínculo matrimonial prescinde de prévia separação judicial, bastando o divórcio. 6. Por tais razões, conclui-se que não se há de falar em separação judicial, tampouco em culpa e, por isso, incide tão somente o § 2.º do art. 1.578 do CC, para que a opção pela conservação do nome de casado seja exercida pelo cônjuge, não cabendo alteração sem sua expressa aquiescência. Doutrina e precedentes do TJRJ. 7. Por fim, é de bom alvitre ressaltar que, ante ao disposto no art. 320, inc. II, do CPC, a revelia não induz à presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, muito menos enseja a presunção de concordância da recorrente com a supressão do nome de casada, haja vista que, frise-se, trata-se de direito da personalidade e fundamental, logo, indisponível, e, por tal razão, necessária sua manifestação expressa, o que não ocorreu no caso dos autos. 8. Dessa forma, verifica-se que a sentença vergastada não guarda consonância com a doutrina e a jurisprudência desta Corte de Justiça, de forma que deve ser reformada a fim de que seja mantido o nome de casada da ré, ora recorrente. 9. Recurso provido. (TJRJ, AC 0013946-08.2009.8.19.0038, 14.ª C. Cív., Rel. Des. Jose Carlos Paes, j. 12/09/2014).

39

Alteração registro civil. Sentença de improcedência. Pedido de alteração do nome do menor com retirada do sobrenome do pai separado judicialmente da mãe. Possibilidade. Lei 11.924/2009. Recurso provido para anular a r. sentença. (TJSP, AC 0028959--55.2012.8.26.0003, 4.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Teixeira Leite, j. 13/02/2014).

40

Ação negatória de paternidade. Registro. Exclusão da paternidade biológica. Erro à época. Inocorrência. Art. 1.604 do CC. Paternidade socioafetiva. Prevalência. Apelação a que se nega provimento. 1. Não pode o pai vindicar estado contrário ao que consta do registro do nascimento, quando não provado o erro nem falsidade do registro. Art. 1.604 do CC de 2002. 2. Constatada a existência de paternidade socioafetiva, não pode a filiação, devidamente registrada, ficar a mercê da instabilidade das relações emocionais dos envolvidos. (TJMG, AC 1.0183.10.009301-6/001, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Marcelo Rodrigues, p. 22/01/2014).

41

Retificação do registro civil. Inclusão do sobrenome do padrasto. Dispensa de participação do pai biológico registral no processo. O art. 57, § 8.º, da Lei 6.015/73 permite seja incluído o sobrenome do padrasto pelo enteado mediante concordância expressa tão somente do padrasto. Caso em que se dispensa a concordância do pai biológico, pois se tratando de inclusão do sobrenome do padrasto, nenhum prejuízo haverá na relação biológica anterior, permanecendo os autores com o sobrenome paterno. Deram provimento. (TJRS, AI 70058578360, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 10/04/2014).

42

Retificação de registro civil. Pedido de inclusão do patronímico do padrasto do autor. Sentença que julgou extinto o processo. Pedido juridicamente possível. Aplicação do art. 57, § 8.º, da LRP. [...] Contudo, a pretensão do autor exige a concordância expressa do padrasto que não integrou a lide. Nesse contexto, a sentença deve ser anulada a fim de que o autor, agora com dezessete anos de idade, possa providenciar a inclusão de seu padrasto no polo passivo da ação, a fim de que seja citado e tenha a oportunidade de se manifestar. Sentença anulada. Recurso provido (TJSP, AC 0005120-22.2011.8.26.0363, 10.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 18/03/2014).

43

Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 96.

44

Decisões disponíveis no site: www.direitohomoafetivo.com.br.

45

Ação de retificação de assento de nascimento. Pretensão de alteração do prenome, em virtude da sua condição de transexual. Sentença de improcedência. [...] Apela o interessado, pugnando pela reforma da sentença, a fim de que no seu

termo de nascimento conste nome feminino, dada sua condição psicológica. Pondera que sempre se compreendeu como mulher. Pugna pela aplicação da Constituição Federal, que garante o bem estar físico, mental e social. Sustenta que o permissivo está contido nos arts. 55, 57 e 58 da L 6.015/73, visto que seu atual prenome vem lhe causando constrangimento, pois não condiz com seu gênero psicológico. Cabimento. Pretensão fundamentada em situação vexatória. Informações prestadas pela psicóloga que identifica incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade que a parte relatou sentir. Transexualidade é considerada doença (CID-10 F64.0), consistente no: Desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Cirurgia de transgenitalização dispensável para a alteração de nome. Recurso provido com determinação. (TJSP, APL 0016069-50.2013.8.26.0003, Ac. 7325171, 5.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. James Siano, j. 05/02/2014).

46

Retificação de registro. Mudança de sexo. Ausência de cirurgia de transgenitalização. Constada e comprovada a condição de transgênero, inclusive já com alteração do nome deferida e efetivada, mostra-se viável deferir a alteração do sexo, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização. Enunciados n.º 42 e 43 da 1.ª Jornada de Direito da Saúde promovida pelo CNJ. Precedentes. Deram provimento. (TJRS, AI 70060459930, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 21/08/2014).

47

Enunciado 42 do CNJ: Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

Enunciado 43 do CNJ: É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

9. FAMÍLIAS PLURAIS

SUMÁRIO: 9.1 Breve justificativa - 9.2 Família constitucionalizada - 9.3 Conceito atual de família - 9.4 Matrimonial - 9.5 Informal - 9.6 Homoafetiva - 9.7 Paralelas ou simultâneas - 9.8 Poliafetiva - 9.9 Monoparental - 9.10 Parental ou anaparental - 9.11 Composta, pluriparental ou mosaico - 9.12 Natural, extensa ou ampliada - 9.13 Substituta - 9.14 Eudemonista - Leitura complementar.

9.1. Breve justificativa

Sempre que se pensa em família ainda vem à mente o **modelo convencional**: um homem e uma mulher unidos pelo casamento, com o dever de gerar filhos, até que a morte os separe mesmo na pobreza, na doença e na tristeza. Só que essa realidade mudou se é que um dia existiu! Mas hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas impõe que se reconheça que seu conceito se pluralizou. No dizer de Michele Perrot, despontam **novos modelos de família**, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.[1]

Ainda que a família continue a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da **pessoa humana**. A família adquiriu **função instrumental** para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.[2] Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade - que não se alterou - de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou

dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem.[3] Daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que identifica a família atual, de modo a albergar todas as suas conformações: daí, **direito das famílias.**

9.2. Família constitucionalizada

A Constituição Federal de 1988 produziu significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas. Nem é possível elencar a série de modificações introduzidas, mas algumas, por seu maior realce, despontam com exuberância. O constituinte consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, **a dignidade da pessoa** (CF 1.º III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes.[4] Foram eliminadas injustificáveis diferenciações e discriminações que não mais combinam com uma sociedade democrática e livre. Houve o resgate do ser humano como **sujeito de direito**, assegurando-lhe, de forma ampliada, a consciência da cidadania.

Rastreando os fatos da vida, a Constituição reconhece a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo **casamento**. Assim, enlaçou no conceito de entidade familiar e emprestou especial proteção à **união estável** (CF 226 § 3.º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 § 4.º), que passou a ser chamada de **família monoparental**. Mas não só nesse limitado universo flagra-se a presença de uma família. Os tipos de entidades familiares explicitados são meramente **exemplificativos**, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.[5] Relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiriram visibilidade. Dentro desse espectro mais amplo, não se pode excluir do âmbito do direito das famílias as **uniões homoafetivas**. Os avanços da jurisprudência fizeram o STF[6] declarar, com caráter vinculante e eficácia *erga*

omnes, que as uniões homoafetivas são uma entidade familiar. A partir daí foram assegurados todos os direitos, inclusive, acesso ao casamento.

O **pluralismo das relações familiares** ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento.[7] A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

A família já não se condiciona aos paradigmas originários: **casamento sexo** e **procriação**. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de balizar o conceito de família. Caiu o mito da **virgindade** e sexo - até pelas mulheres - se pratica fora e antes do casamento. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. Relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional.

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. Para Paulo Lôbo, a família é sempre **socioafetiva**, em razão de ser um grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.[8]

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da **conjugalidade**, quer da **parentalidade**. Assim, expressões como família marginal, informal ou filiação ilegítima, espúria, impura, adulterina, não mais servem,

pois trazem um ranço discriminatório e estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação.

9.3. Conceito atual de família

Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto dos dias de hoje, se insere nesse conceito. Sempre vem à mente a imagem da família **patriarcal**: o homem como figura central, tendo a esposa ao lado, rodeado de filhos, genros, noras e netos. Essa **visão hierarquizada** da família sofreu enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, houve verdadeiro embaralhamento de papéis. A **emancipação feminina** e o ingresso da mulher no mercado de trabalho a levaram para fora do lar. Deixou o homem de ser o provedor exclusivo da família, e foi exigida sua participação nas atividades domésticas.

O afrouxamento dos laços entre **Estado** e **igreja** acarretou profunda evolução social. Começaram a surgir novas estruturas de convívio sem uma terminologia adequada que as diferencie. Por exemplo, as famílias formadas por quem saiu de outras relações, não têm nome que as identifiquem e nem seus integrantes têm lugares definidos. A lei nunca se preocupou em definir a família. Limitava-se a identificá-la com o casamento. Esta omissão, que excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva, teve um resultado desastroso, pois levou a justiça a condenar à invisibilidade e a negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem a chancela estatal.

Agora - e pela primeira vez - a lei define a família atendendo a seu perfil contemporâneo. A **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família **qualquer relação íntima de afeto** (LMP 5.º III). E

não se diga que este conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência.

É necessário ter uma **visão pluralista** da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do **direito obrigacional** - cujo núcleo é a vontade - para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.[9] Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a **vontade**, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o **afeto**. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.[10]

Luiz Felipe Nobre Braga traz o conceito de **família potestativa**, qual seja o direito de o sujeito livremente formar a família, que designa o ímpeto de aproximação existencial pelo afeto.[11] Já Lourival Serejo fala em **família virtual** que se constitui pelo *Second Life* - uma possibilidade inusitada do mundo moderno que se origina na carência de afeto e da solidão em que se encontra o usuário desse ambiente. Nesse vácuo existencial, só lhe resta o consolo de criar uma família com marido/mulher e filhos para exercer sua vocação de mãe/pai.[12]

O conceito de família vem adquirindo tal elasticidade que a doutrina denomina de **família multiespécie** a constituída pelos

donos e seus animais de estimação, membros não humanos.[13] A tendência de chamá-los de seres **sencientes** (coisas sensíveis). Quando do fim da convivência, tem a justiça reconhecido a cotitularidade dos animais de companhia, estabelecendo a custódia compartilhada com a imposição do pagamento de alimentos. Neste sentido Enunciado do IBDFAM.[14]

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do **eudemonismo**, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias.[15] Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.[16]

Na feliz expressão de João Baptista Villela, a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor.[17] A família continua mais empenhada do que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade. Não é mais obrigatório manter a família **-** ela só sobrevive quando vale a pena. É um desafio.[18]

9.4. Matrimonial

Sob a justificativa de manter a ordem social, tanto o **Estado** como a **igreja** sempre se imiscuíram na vida das pessoas. Na tentativa de limitar o livre exercício da sexualidade e garantir a perpetuação da espécie, mediante estritos padrões de **moralidade,** eram estabelecidos interditos e proibições de natureza cultural e não biológica.

A **Igreja Católica** consagrou a união entre um homem e uma mulher como **sacramento indissolúvel** : *até que a morte os separe.* As únicas relações afetivas aceitas são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher, em face do interesse na procriação. Daí a origem do **débito conjugal** como obrigação à prática da sexualidade. A máxima *cresceiemultiplicai-vos* atribuiu à família a função reprodutiva com o fim de difundir a sua fé. Aliás, outro não é o motivo para ser vedado, de modo irresponsável, o uso de contraceptivos. O casamento religioso pode ser anulado se algum dos cônjuges for estéril ou impotente.

Essa conservadora cultura, de larga influência no Estado, acabou levando o legislador, no início do século passado, a reconhecer juridicidade apenas à união matrimonial. O **Código Civil de 1916** solenizou o casamento como uma **instituição** e o regulamentou exaustivamente. É o Estado que o celebra mediante o atendimento de inúmeras formalidades. A lei reproduziu o perfil da família então existente: **matrimonializada** , **patriarcal** , **hierarquizada** , **patrimonializada** e **heterossexual**. Só era reconhecida a família constituída pela chancela estatal. O homem era "o cabeça" do casal e exercia a chefia da sociedade conjugal. A mulher e os filhos deviam-lhe obediência. A finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho.

O interesse na manutenção do casamento levou, em um primeiro momento, à consagração de sua **indissolubilidade** e à obrigatória identificação da família pelo **nome do varão**. Ao casar, a mulher tornava-se relativamente capaz, não podia trabalhar nem administrar seus próprios bens. O **regime da comunhão universal de bens**, como modelo oficial, mostra o significado que tinha o casamento. Duas pessoas fundiam-se numa só, formando uma unidade patrimonial, sendo o homem o elemento identificador do núcleo familiar. O casamento não podia ser desconstituído, só **anulado** por erro essencial quanto à identidade ou à personalidade do cônjuge. Era possível ao marido pedir a anulação do casamento alegando o

desvirginamento da mulher. Fora disso, só cabia o rompimento do casamento pelo **desquite**, que, no entanto, não dissolvia o vínculo matrimonial, restando os cônjuges numa situação *sui generis.* Não eram mais casados, cessavam os deveres matrimoniais, mas não podiam casar novamente.

O Estado sempre resistiu em admitir vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade. Apesar do verdadeiro repúdio da legislação em reconhecer quaisquer outras uniões, vínculos afetivos à margem do casamento sempre existiram. Mas famílias formadas pelos egressos de relacionamentos anteriores não tinham a possibilidade de serem formalizadas.

Foi a **Lei do Divórcio** , que, em 1977, consagrou a dissolução do vínculo matrimonial, mudou o regime legal de bens para o da **comunhão parcial** e tornou **facultativa** a adoção do **nome** do marido.

Ainda assim, até 1988, o casamento era a única forma admissível de formação da família. Foi com a entrada em vigor a atual **ConstituiçãoFederal**, que houve o reconhecimento de outras entidades familiares. O prestígio à família extramatrimonial atende aos interesses do Estado, pois lhe delega a formação dos seus cidadãos, tarefa que acaba, quase sempre, onerando exclusivamente a mulher. Há um certo descomprometimento, tanto do homem como das entidades públicas e dos entes governamentais, em assumir o encargo de formar e educar crianças e jovens, único meio de assegurar o futuro da sociedade. Por isso é que consagra (CF 226): *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

O **Código Civil** de 2002 procurou deixar expressa essa proteção ao proibir qualquer pessoa, de direito público ou privado, de interferir na comunhão de vida instituída pela família (CC 1.513). Desnecessária e pleonástica essa vedação, pois, se fosse necessário

impedir interferências, deveria dirigir-se a todas as pessoas, fossem naturais ou jurídicas, sem qualquer limitação.[19]

Apesar das mudanças, de pouco ou quase nada vale a vontade dos nubentes. Cláusulas, condições, regras e até algumas posturas são prévia e unilateralmente estabelecidas por lei. Os direitos e deveres são impostos para vigorar durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio ou pela morte. Até se poderia chamar o casamento de verdadeiro **contrato de adesão**. O alcance da expressão "sim" significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges.[20] Os noivos podem, no máximo, mediante pacto antenupcial, eleger o regime de bens.

9.5. Informal

A lei emprestava juridicidade apenas à família constituída pelo casamento, vedando quaisquer direitos às relações nominadas de **adulterinas** ou **concubinárias**. Apenas a família **legítima** existia juridicamente. A **filiação** estava condicionada ao estado civil dos pais, só merecendo reconhecimento a prole nascida dentro do casamento. Os **filhos** havidos de relações extramatrimoniais eram alvo de enorme gama de denominações de conteúdo pejorativo e discriminatório. Assim, filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, nenhum direito possuíam, sendo condenados à **invisibilidade**. Não podiam sequer pleitear reconhecimento enquanto o genitor fosse casado.

O legislador, além de não regular as **relações extramatrimoniais**, com veemência negava consequências jurídicas a vínculos afetivos fora do casamento, alijando qualquer direito à **concubina**. Tal ojeriza, entretanto, não coibiu os egressos de casamentos desfeitos de constituírem novas famílias, mesmo sem respaldo legal. Quando do rompimento dessas uniões, seus partícipes começaram a bater às portas do Judiciário. Viram-se os juízes forçados a criar

alternativas para evitar flagrantes injustiças. Foi cunhada a expressão **companheira**, como forma de contornar as proibições para o reconhecimento dos direitos banidos pela lei à concubina. Porém, tal era a rejeição à ideia de ver essas uniões como família que a jurisprudência, quando ausente patrimônio a ser partilhado, as identificava como relação de trabalho, concedendo à mulher **indenização por serviços domésticos** prestados. No máximo, em face da aparência de um **negócio** , aplicava-se, por analogia, o **direito comercial** , e as uniões eram consideradas **sociedades de fato**. Ditos subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial e evitar o **enriquecimento injustificado** do homem. Mas nada mais se cogitava conceder à mulher, nem alimentos, nem direitos sucessórios.

Essas estruturas familiares, ainda que rejeitadas pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição as albergasse no conceito de entidade familiar. Chamou-as de **união estável**, mediante a recomendação de promover sua conversão em casamento, norma que, no dizer de Giselda Hironaka, é a mais inútil de todas as inutilidades.[21] A legislação infraconstitucional que veio regular essa nova espécie de família[22] acabou praticamente copiando o modelo oficial do casamento. O Código Civil impõe requisitos para o reconhecimento da união estável, gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens e garante ao sobrevivente direitos sucessórios. Aqui também pouco resta à vontade do par, sendo possível afirmar que a união estável transformou-se em um **casamento por usucapião**, ou seja, o decurso do tempo confere o estado de casado. A exaustiva regulamentação da união estável gera um dirigismo não querido pelos conviventes, uma vez que optaram por não casar. Eles escolheram seu próprio caminho e não desejam qualquer interferência. Como são relações de caráter privado, cabe questionar a legitimidade de sua judicialização coacta.

9.6. Homoafetiva

Só pode ser por preconceito que a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Ora, a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1.º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa.

Em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.

As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações[23] levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-las como união estável, com iguais direitos e deveres.[24] A partir desta decisão passou a Justiça a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento. De imediato o Superior Tribunal de Justiça admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso antes formalizar a união para depois transformá-la em casamento.[25] Até que o Conselho Nacional de Justiça[26] proibiu que seja negado acesso ao casamento e reconhecida a união homoafetiva como união estável.

9.7. Paralelas ou simultâneas

Instigante o questionamento de Pablo Stolze: *Você seria capaz de amar duas pessoas ao mesmo tempo*?[27] A resposta é uma só - sim! Todos amam muitas pessoas, amam os pais e os filhos; os irmãos e os amigos. Mas quando se questiona a possibilidade de

manter vínculo de natureza afetiva e sexual simultaneamente com mais de uma pessoa, todo mundo grita: não!

A origem judaico-cristã da sociedade ocidental sempre repudiou esta realidade que sempre existiu. Não adianta determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável. Nada consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Eles dispõem de habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. Quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis. É o que se chama de famílias simultâneas. Expressão preferível a famílias paralelas, porque linhas paralelas nunca se encontram, e a simultaneidade, muitas vezes, é conhecida e até aceita. Os filhos se conhecem e as mulheres sabem da existência da outra. No fim um arranjo que satisfaz a todos. A esposa tem um marido que ostenta socialmente. A companheira nada exige e se conforma em não compartilhar com o companheiro todos os momentos, mas o acolhe com afeto sempre que ele tem disponibilidade.

Ainda que tal configure descumprimento do dever de fidelidade e adultério - que nem mais crime é - os homens assim agem.

Fechar os olhos a esta realidade e não responsabilizar quem assim age é ser conivente, é incentivar este tipo de comportamento. O homem pode ter quantas mulheres quiser porque a Justiça não lhe impõe qualquer ônus. Livrá-lo de responsabilidades é punir quem, durante anos, acreditou em quem lhes prometeu que, um dia, o amor seria exclusivo. Mulheres que ficaram fora do mercado de trabalho, cuidaram de filhos, de repente, se veem sem condições de sobrevivência.

À inércia do Poder Legislativo tem sido oposta um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, principalmente para garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares e o alcance da justiça.[28]

Não há como deixar de reconhecer a existência de união estável sempre que o relacionamento for público, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir família. O só fato de o homem ter uma família não quer dizer que não teve o desejo de constituir outra. Dito elemento de natureza subjetiva resta escancarado quando são comprovados longos anos de convívio. Ao depois, a fidelidade não é pressuposto para a configuração da união estável.

É preciso impor os deveres inerentes à entidade familiar a quem assume um relacionamento afetivo, independente de manter outra união.

9.8. Poliafetiva

Os termos são muitos: poliamor, família poliafetiva ou poli amorosas. O formato de tais arranjos familiares também. No entanto, todas as formas de amar que fogem do modelo convencional da heteronormatividade e da singularidade, são alvo da danação religiosa e, via de consequência, da repulsa social e do silêncio do legislador. Ou o silêncio ou a expressa exclusão de direitos. Nada mais do que uma vã tentativa de condenar à invisibilidade formas de amor que se afaste do modelo monogâmico.

A distinção entre família simultânea e poliafetiva é de natureza **espacial**. Na maioria das vezes, nos relacionamentos paralelos o homem - sempre ele! - mantém duas ou mais entidades familiares, com todas as características legais. Cada uma vivendo em uma residência.

Já a união poliafetiva é quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito.[29]

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que as relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe.[30] As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem premidas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras. Acabaram os casamentos de fachada, não mais se justificando relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da rejeição social. Está ocorrendo uma verdadeira **democratização dos sentimentos**, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra ou construir a estrutura familiar que lhe pareça mais atrativa e gratificante. Traição e infidelidade estão perdendo espaço.

9.9. Monoparental

A Constituição, ao esgarçar o conceito de família, elencou como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 § 4.º). O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, subtrai a conotação de natureza sexual do conceito de família. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.

Quando um casal com **filhos** rompe o vínculo de convívio, mesmo que a prole fique residindo com um dos pais, não se pode dizer que eles constituem uma família monoparental. Os encargos do **poder familiar** é inerente a ambos os pais, e o regime legal de convivência impõe a **guarda compartilhada**.

De forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular esta estrutura de família, que acabou alijada do Código Civil, apesar de esta ser a realidade de um terço das famílias brasileiras.

9.10. Parental ou anaparental

Mesmo que a Constituição tenha alargado o conceito de família, ainda assim não enumerou todas as conformações familiares que existem. A **diferença de gerações** não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. Não é a **verticalidade** dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica. No entanto, olvidou-se o legislador de regular essas entidades familiares. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento de uma entidade familiar, que tem o nome de família parental ou anaparental.[31]

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualitariamente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera **sociedade de fato** e invocar a Súmula 380,[32] para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente,[33] gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar o patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida

convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. Cabe lembrar que essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional.[34]

Rodrigo da Cunha Pereira distingue família conjugal do que chama de **família parental** , quando as pessoas, movidas pelo desejo de terem filhos, escolhem alguém para fazerem uma parceria. Sem que mantenham qualquer vínculo de natureza amorosa ou sexual, concebem o filho que é registrado em nome de ambos. Estabelece-se uma **paternidade compartilhada** em que os dois exercem o poder familiar. Inclusive é comum existirem sites em que homens e mulheres procuram alguém para compartilhar a paternidade e a maternidade.[35]

9.11. Composta, pluriparental ou mosaico

Nomes existem, e muitos, tentando definir as famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas e até a bela expressão famílias *ensambladas*, em voga na Argentina - estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia.[36] Aliás, a ausência de um nome, por si só, mostra a resistência que ainda existe em aceitar essas novas estruturas de convívio. São famílias caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias.[37]

A cada dia surgem novas expressões - composta, mosaico e binuclear -, na tentativa de identificar as famílias que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões.[38]

A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência desta nova estrutura familiar, no entanto, não dispõe qualquer previsão legal, que imponha deveres ou assegure direitos. Sequer existem nomes que identifiquem este caleidoscópio familiar. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum.[39] É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos.

No entanto, nestas novas famílias, é equivocada a tendência de considerar como **monoparental** o vínculo do genitor com o seu filho, até porque o novo casamento dos pais não importa em restrições aos direitos e deveres com relação aos filhos (CC 1.579 parágrafo único).

Admite a lei a possibilidade da **adoção** pelo companheiro do cônjuge do genitor, chamada de **adoção unilateral** (ECA 41 § 1.º). Pelo que diz a lei, seria indispensável a concordância do pai registral, o que, praticamente, inviabilizaria esta possibilidade.

Começou a jurisprudência a atribuir encargos ao - na ausência de melhor nome - padrasto. Sob o nome de **paternidade alimentar** é reconhecido ao filho do cônjuge ou companheiro direito a **alimentos**, comprovada a existência de vínculo afetivo entre ambos, e que tenha ele assegurado sua mantença durante o período em que conviveu com o seu genitor. Em nome do **princípio da solidariedade** é reconhecido também o direito de convivência.

Seguindo a trilha da jurisprudência, a L 11.924/09 admitiu a possibilidade de o enteado agregar o **nome do padrasto**, o que, no entanto, não gera a exclusão do poder familiar do genitor.

9.12. Natural, extensa ou ampliada

O conceito de **família natural** é trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (25): *comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.* Dita expressão está ligada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear. Nem a Constituição Federal (227), ao garantir o direito à **convivência familiar**, e nem o ECA (19), ao assegurar a criança e adolescente o direito de ser criado e educado no seio de sua família, estão se referindo à **família biológica**.

Ainda há uma verdadeira sacralização da família natural, quando se fala em **família extensa ou ampliada** (ECA 25 parágrafo único: *aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*). Parece que ninguém percebe que este conceito dispõe de um **pressuposto** além do elo consanguíneo. A lei exige que já exista um vínculo de convivência, **afinidade e afetividade** da criança com algum parente como família extensa.

No entanto, não é o que a Justiça faz. Quando a mãe não quer ou não pode ficar com o filho, sai à caça de algum parente. Ora, quando se trata de recém-nascido, nem existe este tipo de vinculação, pressuposto para reconhecer a família como extensa.

Depois de esgotados todos estes esforços é que começa o moroso processo de destituição do poder familiar, que pode durar anos. Injustificadamente, em sede liminar, não é determinada sua entrega a quem está habilitado a adotá-la. Enquanto isso a criança

permanece abrigada, perde a primeira e melhor infância e, às vezes, lá fica tanto tempo que nem tem mais chance de ser adotada.

Ora, manifestando a mãe o desejo de abrir mão da maternidade, imediatamente o filho deve ser encaminhado à adoção, disponibilizando-se sua foto na rede nacional dos candidatos cadastrados à adoção.

O mesmo deve ocorrer quando são denunciados maus tratos, abuso sexual ou abandono de crianças ou adolescentes. Ouvidos os pais, em sede liminar, o juiz deve disponibilizá-lo à adoção.

Questionamentos surgem sobre se a família extensa é uma espécie do gênero família natural; uma espécie do gênero família substituta; ou um novo gênero de família. A tendência da doutrina é reconhecer que se trata de uma espécie de família substituta, até porque, sob uma perspectiva prática, os parentes próximos precisam regularizar a situação por meio da guarda, tutela ou mesmo adoção.[40]

De qualquer modo, o legislador ampliou o conceito constitucional de convivência familiar, dando preferência à família extensa sobre a família substituta ou qualquer outra forma de inserção de crianças e adolescentes.

A dificuldade é conseguir cruzar os dados, diligência se estende no tempo. Enquanto isso, crianças e adolescentes permanecem institucionalizados, perdendo, muitas vezes, a chance de serem adotados. Ao depois, permanecendo junto à família, sempre serão estigmatizados. O passado sempre estará presente em suas vidas, pois não passam a desfrutar de condição de filhos. Certamente esta solução não atende ao comando constitucional que determina que lhes seja garantida proteção integral, com absoluta prioridade. E viver na casa dos avós ou de tios não é assegurar convivência

familiar, pois a solução não é nem definitiva nem segura, como é a adoção.

9.13. Substituta

A colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas tem caráter excepcional. Claramente a preferência estabelecida pelo ECA (19 § 3.º) é pela reinserção na família biológica: a natural ou a família extensa. Somente não havendo tal possibilidade é que se passa a falar em família substituta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não define o que seja família substituta (ECA 28), mas a tendência é assim definir as famílias que estão **cadastradas à adoção** . São convocadas segundo o perfil que elegeram. Recebem a criança ou o adolescente mediante guarda, firmando o devido compromisso (ECA 32).

A criança lá permanece até se esgotarem as possibilidades de ser reinserida na família natural ou ser aceita pela família extensa. Só depois de frustradas essas iniciativas é que tem início o exasperante processo de destituição do poder familiar até a inclusão no cadastro à adoção. Um longo caminho a percorrer até serem adotados. Só então terão direito a um nome, a ter a certeza de ter um lar, um pai e uma mãe.

Em face da precariedade do vínculo que se estabelece, tudo é insegurança. Todos passam a conviver com o fantasma da possibilidade da separação.

Outra tentativa absolutamente desastrosa é o **ProgramaFamílias Acolhedoras**[41] - nada mais do que a colocação de crianças e adolescentes em famílias que, mediante remuneração, as acolhem em caráter precário e temporário. Como tais famílias não podem adotálas, ainda que se estabeleça um vínculo de filiação socioafetiva, tal

se mostra como mais uma experiência dolorosa a quem já amargou tantas perdas.

9.14. Eudemonista

A busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis.

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista,[42] que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros.[43]

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CF: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram*.[44]

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.[45]

Este é um traço tão significativo que, em contrapartida ao Produto Interno Bruto, no Butão surgiu um novo índice para o desenvolvimento social, capaz de medir o bem-estar de um país: **FIB - Felicidade Interna Bruta**.

Leitura complementar

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo de família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 30. p. 108-122, out.-nov. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 247-273.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos:* pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*. Novas uniões depois das separações. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

LÔBO, Paulo. *Famílias.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades defamília na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 35-48.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família*: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SANTIAGO, Rafael da Silva*. Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. As famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos jurídicos. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 111-128.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 475-501.

1

Michelle Perrot, O nó e o ninho, 81.

2

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 101.

3

Maria Rita Kehl, Em defesa da família tentacular, 165.

4

Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 350.

5

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 95.

6

STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

7

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Famílias simultâneas..., 146.

8

Paulo Lôbo, Despatrimonialização do direito de família..., 37.

9

João Baptista Villela, Repensando o direito de família, 20.

10

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 96.

11

Luiz Felipe Nobre Braga, O conceito hoperbólico..., 115.

12

Lourival Serejo, Novos diálogos do direito de família, 267.

13

Marianna Chaves, Disputa de guarda de animais de companhia...

14

Enunciado 11 do IBDFAM: Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal.

15

Fabíola Santos Albuquerque, Poder familiar nas famílias recompostas..., 162.

16

Mônica Guazzelli, O princípio da igualdade aplicado à família, 331.

17

João Baptista Villela, As novas relações de família, 645.

18

Renato Janine Ribeiro, A família na travessia do milênio, 23.

19

Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do casamento, 11.

20

Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão..., 354.

21

Giselda Hironaka, Família e casamento em evolução, 8.

22

Lei 8.971, de 29/12/1994, e Lei 9.278, de 10/05/1996.

23

Decisões disponíveis no site www.direitohomoafetivo.com.br.

24

STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

25

STJ, REsp 1.183.378/RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

26

CNJ, Resolução 175/2013.

27

Pablo Stolze. Direitos da(0) amante.

28

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Famílias paralelas, 57.

29

Rafael da Silva Santiago, Poliamor e direito das famílias 196.

30

[30] Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de família e o novo Código Civil, 93.

31

Sérgio Resende de Barros, Direitos humanos da família:..., 151.

32

Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

33

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 130.

34

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 99.

35

Rodrigo da Cunha Pereira, As novas estruturas parentais e conjugais, 37.

36

Cecília Grossman e Irene Martínez Alcorta, Famílias ensambladas, 35.

37

Idem, 528.

38

Jussara S. B. N. Ferreira e Konstanze Rörhmann, As famílias pluriparentais ou mosaico, 508.

39

Idem, 513.

40

Sérgio Luiz Kreuz, Direito à convivência familiar, 119.

41

Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, instituído pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

42

Expressão que, na sua origem grega, se liga ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo dicionário da língua portuguesa, 592).

43

Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 32.

44

Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 205.

45

Paulo Lôbo, A repersonalização das relações de família, 138.

10. CASAMENTO

SUMÁRIO: 10.1 Visão histórica - 10.2 Tentativa conceitual - 10.3 Natureza jurídica - 10.4 Espécies: 10.4.1 Civil; 10.4.2 Religioso com efeitos civis; 10.4.3 Por procuração; 10.4.4 Nuncupativo ou *in extremis*; 10.4.5 Putativo; 10.4.6 Homossexual; 10.4.7 Consular; 10.4.8 De estrangeiros - 10.5 Conversão da união estável em casamento - 10.6 Capacidade - 10.7 Impedimentos: 10.7.1 Impedimentos absolutos; 10.7.2 Causas suspensivas - 10.8 Processo de habilitação - 10.9 Celebração - 10.10 Posse do estado de casado - 10.11 Estado civil - Leitura complementar.

Referências legais: CF 98 II, 226 §§ 1.º, 2.º e 6.º; CC 5.º parágrafo único II, 197 I, 544, 977, 1.489 II, 1.511 a 1.570; DL 3.200/41; DL 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil - LINDB) 7.º; L 1.110/ 50 (Efeitos civis ao casamento religioso); L 1.542/52 (casamento dos funcionários da carreira de diplomacia com pessoa de nacionalidade estrangeira); L 5.891/73 (Exame médico na habilitação de casamento entre colaterais de terceiro grau); L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 67 a 76; L 6.515/77 (Lei do Divórcio - LD); L 12.133/09; CNJ - Resoluções 35/07, 120/10 e 175/13.

10.1. Visão histórica

Até o advento da República, em 1889, só existia o casamento **religioso**. Ou seja, os não católicos não tinham acesso ao matrimônio.[1] O casamento civil só surgiu em 1891. Ainda assim o caráter sagrado do matrimônio foi absorvido pelo direito, tanto que o conceito de família, identificado com o casamento indissolúvel, mereceu consagração em todas as Constituições Federais do Brasil.

Quando da edição do Código Civil de 1916, havia um único modo de constituição da família: pelo casamento. A família tinha viés

patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. A influência religiosa persistiu. Somente era reconhecida a família ungida pelos *sagrados* laços do matrimônio, por ser considerado um sacramento, ou seja, sagrado em sua origem. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era **indissolúvel**. A resistência do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o **desquite**, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento.

Mesmo com o advento da **Lei do Divórcio**, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos prazos, ou a identificação de um culpado, o qual não podia intentar a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam a mulher culpada pela separação. Também se sujeitava a tais penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação da responsabilidade do autor pelo fim da união.

Mas nova realidade se impôs, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo formato dos vínculos de convivência, que a **Constituição de 1988** alargou o conceito de família para além do casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar albergando relacionamentos para além do casamento. Foi assegurada especial proteção tanto aos **vínculos monoparentais** - formados por um dos pais com seus filhos - como à **união estável** - relação de um homem e uma mulher não formalizada pelo casamento (CF 226 § 3.º). Com isso, deixou de ser o matrimônio o único marco a identificar a existência de uma família.

O **Código Civil**, com vigência desde 2003, de forma displicente, copiou os dispositivos da legislação anterior. Não modernizou sequer

a linguagem - basta ver o uso do pronome "vós" na celebração do casamento (CC 1.535): *De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.*

Limitou-se a incorporar a legislação que regulava as uniões estáveis e esqueceu as famílias monoparentais. Assim, no atual estágio da sociedade, soa bastante conservadora a legislação que, em sede de direito das famílias, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente o casamento, como se fosse o destino de todos. Como diz Marcos Colares, o casamento parece fundar-se em um ideal de estabilidade e institucionalização de papéis fixos.[2]

O viés sacralizado do casamento tende a esmaecer, o que se constata quer pela possibilidade de ser ele dissolvido extrajudicialmente (CPC 733), quer pelo fim da separação judicial (EC 66/10), que afastou a identificação de culpas e o decurso de prazos.

10.2. Tentativa conceitual

O livro do Código Civil que trata do direito das famílias, obviamente, só poderia começar pelo casamento. Tal é a preocupação com a família matrimonializada, que a lei lhe dedica nada menos do que 110 artigos. Ainda assim, o legislador não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento. Não identifica sequer o sexo dos nubentes. Limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, elenca direitos e deveres dos cônjuges e disciplina diversos regimes de bens. Também regulamenta o seu fim, ou seja, as questões patrimoniais, que decorrem da dissolução do vínculo conjugal.

Ainda que não haja um conceito do que seja casamento, no dizer de Washington de Barros Monteiro, sempre foi reconhecido como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada.[3]

Já Pontes de Miranda diz que o casamento é uma relação ética.[4] Mas quem melhor define a família é a **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06): **relação íntima de afeto** (LMP 5.º III). Bom seria que essa definição servisse também para definir o casamento.

O casamento gera o que se chama de **estado matrimonial**, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal. Historicamente a família nasce quando da celebração do casamento, que assegura direitos e impõe deveres no campo pessoal e patrimonial. As pessoas têm a liberdade de casar, mas, uma vez que se decidam, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de suas relações.[5] Assertiva como esta, da doutrina mais tradicional, mostra que a tônica era o interesse de ordem pública, mais prevalente do que o interesse dos próprios cônjuges, que não merecia maior atenção.

Apesar de não definir casamento, a lei declina sua **finalidade** (CC 1.511): *estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*. Também prevê seus **efeitos** ao atribuir encargos e ônus ao casal (CC 1.565): *homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.*

A exacerbada sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família. Mas é a família, e não o casamento, que a Constituição chama de **base da sociedade**, merecedora da especial atenção do Estado (CF 226). Apesar de ser assegurada assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (CF 226 § 8.º), é imposto à família o dever de garantir **à criança, ao adolescente e ao jovem**, com absoluta primazia, todos os direitos que lhes são assegurados (CF 227). Também é da família o dever de amparar as **pessoas idosas** (CF 230).

No dizer de Gustavo Tepedino, a família é nitidamente instrumental: comunidade intermediária, com especial proteção do Estado,

na medida em que cumpra o seu papel, a um só tempo dever e justificativa axiológica.[6] Só em caráter secundário toda a gama de deveres dos cônjuges é atribuída à sociedade. A participação do Estado é invocada de forma supletiva ou residual (CF 227 e 230): *É dever da família, da sociedade e do Estado*...

Exime-se o poder público de seus deveres sociais, delegando-os à família, sem garantir ou repassar-lhe recursos para o desempenho desses encargos apesar de a grande maioria das famílias não terem recursos para assumir tais ônus.

Casamento tanto significa o **ato de celebração** como a **relação jurídica** que dele se origina: a **relação matrimonial**. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de **comunhão de vidas**, ou **comunhão de afetos**.[7] O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do **estado de casados**. A plena **comunhão de vida** é o efeito por excelência do casamento.[8] São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre **prescrição** entre os cônjuges (CC 197 I).

A sociedade conjugal gera dois vínculos: (a) **vínculo conjugal** entre os cônjuges; (b) **vínculo de parentesco por afinidade**, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro. Os pais dos noivos viram sogro e sogra. Os parentes colaterais até o segundo grau (os irmãos) tornam-se cunhados. Findo o casamento, o parentesco em linha reta (sogro, sogra, genro e nora) não se dissolve, gerando, inclusive, impedimento para o casamento (CC 1.521 I).

Com o casamento ocorre a alteração do **estado civil** dos consortes. Solteiros, viúvos ou divorciados adquirem a condição de **casados**. A identificação do estado civil serve para dar **publicidade** à condição pessoal e também à situação patrimonial, proporcionando segurança a terceiros.[9]

Antes do casamento, por meio de **pacto antenupcial** (CC 1.639), os noivos podem escolher o regime jurídico que irá reger o patrimônio do casal durante o casamento e mesmo após sua dissolução. Tal avença pode ser alterada durante o casamento (CC 1.639 § 2.º) por vontade das partes. Seja qual for o regime de bens, um cônjuge pode fazer **doações** ao outro, mas tal implica em **adiantamento de legítima** (CC 544).

Dependendo do **regime de bens** eleito, os cônjuges perdem a titularidade exclusiva do seu patrimônio. Tornam-se coproprietários dos próprios bens. Cabe um exemplo: ocorrendo o casamento pelo regime da comunhão universal de bens, perde o cônjuge a propriedade exclusiva de seus bens particulares. O outro cônjuge passa a ser coproprietário dos mesmos. Com exceção do regime da separação voluntária de bens, em todos os demais regimes, depois do casamento, o que é adquirido por qualquer dos cônjuges, não lhe pertence com exclusividade.

Sempre foi emprestado tanto significado ao casamento que, em um primeiro momento, era a mulher obrigada a adotar o **nome** do marido. Com o advento do divórcio, a alteração tornou-se facultativa. O Código Civil admite que qualquer dos cônjuges adote o nome do outro (CC 1.565 § 1.º). Assim, possível a troca de sobrenomes.

Outro efeito do casamento é provocar a **emancipação** de quem casou antes de atingir a maioridade (CC 5.º parágrafo único II). Isso porque é admitido o casamento a partir dos 16 anos de idade, a chamada idade núbil.

10.3. Natureza jurídica

Muito se discute ainda sobre a natureza jurídica do casamento. O primeiro questionamento que surge é se o casamento - considerado o ato mais solene do direito brasileiro[10] - é um instituto de **direito público** ou de **direito privado**. Mas as dúvidas não terminam aí. As

divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejaram o surgimento de **três correntes**: (a) a doutrina **individualista**, influenciada pelo direito canônico, vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente **institucional** destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e (c) a **eclética** vê o casamento como ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo.

A discussão, ainda que tradicional, se revela estéril e inútil. As pessoas são livres para casar, mas, no que diz com deveres e direitos, sujeitam-se aos "efeitos do casamento", que ocorrem independentemente da vontade dos cônjuges. Com o casamento, os nubentes aderem a uma estrutura jurídica cogente. Em face do elevado número de regras e imposições, que surgem por determinação legal e não por livre manifestação do par, o casamento é considerado, por muitos, uma **instituição**. Essa visão da família tem como pressuposto a própria formação do Estado, cujo dever é de promover o bem de todos (CF 3.º IV). No entanto, o aspecto institucional do casamento é muito mais sociológico do que jurídico.[11] Assim, quase se poderia dizer que o casamento é um **contrato de adesão**, pois efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos, que se limitam a dizer "sim" diante da autoridade civil, o que tem o alcance de concordância com os deveres do casamento.[12]

Paulo Lôbo diz que o casamento é um **ato jurídico negocial**, solene, público e complexo, pois sua constituição depende de manifestações e declarações de vontade sucessivas, além da oficialidade de que é revestido, estando sua eficácia sujeita a atos estatais.[13] Muitos o consideram um **contrato*suigeneris*** , isto é, um contrato diferente, com características especiais, ao qual não se aplicam as disposições legais dos negócios patrimoniais.[14] Daí afirmar-se que

o **casamento-ato** é um negócio jurídico e o **casamento-estado** é uma instituição.[15]

Ainda que o casamento não faça surgir apenas direitos e obrigações de caráter patrimonial ou econômico, não se pode negar que decorre de um acordo de vontades. É uma convenção individual, devido ao seu caráter de consenso espontâneo e aos pressupostos exigidos para que as pessoas o possam contrair.[16] Por isso é descabido tentar identificar o casamento com institutos que tenham por finalidade exclusivamente questões de **ordem obrigacional**. Os pressupostos dos contratos de direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. O casamento é **negócio jurídico bilateral** que não está afeito à teoria dos atos jurídicos. É regido pelo direito das famílias. Assim, talvez, a ideia de **negócio de direito de família** seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. Mas ninguém duvida que é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família: lugar idealizado onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.[17]

Peculiaridades envolvem o casamento. De um lado, há o **interesse do Estado** na constituição da chamada *cellulamater* (célula mãe) da sociedade, como elemento estruturante da própria sociedade organizada. No dizer de Sérgio Resende de Barros, a sociedade humana não é uma sociedade de indivíduos, nem a sociedade política é uma sociedade de cidadãos, mas sim de famílias.[18] E, em nome desse interesse prevalente é que se justifica a postura intervencionista do Estado nas relações afetivas. Mas, sob a ótica dos noivos, mais do que no campo da **vontade**, se está no domínio dos **sentimentos**.

10.4. Espécies

O Estado admite duas formas de celebração do casamento (CF 226 §§ 1.º e 2.º): o civil (CC 1.512) e o religioso com efeitos civis (CC 1.515 e 1.516). Ainda que haja duplicidade de formas, o casamento é regido somente por uma lei, o Código Civil, que regula os requisitos de sua validade e seus efeitos, bem como os efeitos de sua dissolução.[19]

10.4.1. Civil

O casamento civil é realizado perante o **oficial do Cartório do Registro Civil** . Trata-se de ato solene levado a efeito por um celebrante e na presença de testemunhas, nas dependências do cartório, ou em outro local. A gratuidade da celebração do casamento civil é preceito constitucional (CF 226 § 1.º) repetido no Código Civil (CC 1.512). Quando a pobreza for declarada, sob as penas da lei, a isenção do pagamento das custas estende-se à habilitação, ao registro do casamento e à primeira certidão (CC 1.512 parágrafo único). Assim, basta que os nubentes firmem singela declaração afirmando falta de recursos para serem dispensados de qualquer ônus.

10.4.2. Religioso com efeitos civis

A histórica disputa entre igreja e Estado em matéria matrimonial é que empresta tanto prestígio à solenidade religiosa do casamento. É tal a importância conferida ao casamento religioso que, de modo para lá de injustificável, a própria Constituição admite emprestar-lhe efeitos civis (CF 226 § 2.º). Basta o atendimento dos requisitos legais (CC 1.515 e 1.516) para o matrimônio religioso ter a mesma eficácia do casamento civil. O ato civil simplesmente não se realiza. É suficiente proceder ao registro do matrimônio para que o casamento se tenha por efetivado desde a **celebração** das bodas perante o ministro de Deus.

A **validade** civil do casamento religioso está condicionada: (a) à **habilitação** - que pode ser feita antes ou depois do ato de celebração; e (b) à **inscrição** no Registro Civil das Pessoas Naturais (LRP 71 e 74). A busca de efeitos civis para o casamento religioso é admitida a **qualquer tempo**. Procedidos a habilitação e o registro, ainda que tardio, os efeitos civis retroagem à data da solenidade religiosa (CC 1.515). No caso de prévia habilitação, o **prazo** para registro é de 90 dias. Ainda depois desse prazo, é possível o registro, desde que efetuada **nova habilitação**. Assim, realizado o casamento religioso sem as formalidades legais, pode ser inscrito a qualquer tempo no registro civil. Basta que se proceda à devida habilitação (CC 1.516).

Já as ações para **invalidar** o casamento obedecem exclusivamente aos preceitos da **lei civil**. Anulado o matrimônio religioso, tal não afeta a validade do casamento civil, se ocorreu o respectivo registro. Se entre o casamento religioso e o respectivo registro um dos nubentes casou no civil com outrem, há impedimento para efetuar-se o registro do ato religioso (CC 1.516 § 3.º). É no mínimo engraçado o verbo utilizado pelo legislador: "contrair" mais lembra doença ou moléstia do que a realização de um sonho!

Não se pode olvidar que o Brasil é um país laico, não cabendo priorizar uma religião em detrimento de outras. A própria Constituição assegura a inviolabilidade do direito de crença (CF 5.º VI). Assim cabe reconhecer a possibilidade de o ato de celebração realizado por qualquer credo, igreja ou seita sirva para fins registrais, como as cerimônias das **religiões de matriz afro-brasileiras** e o casamento **cigano**.[20] Nada justifica que se deixe de admitir efeitos civis aos casamentos celebrados por qualquer **religião**. Basta que esta professe fé que não se afaste dos princípios estruturantes da sociedade. Claro que não dá para aceitar tais efeitos se a religião, por exemplo, admite a **poligamia** e celebra múltiplos casamentos de uma mesma pessoa. Fora essas excepcionalidades, nada impede que

matrimônios celebrados por qualquer religião ou crença sejam levados ao registro civil.

10.4.3. Por procuração

Ainda que não se possa dizer que seja uma espécie de casamento, o casamento por procuração é uma modalidade de casar (CC 1.542). A procuração deve ser outorgada por **instrumento público** com poderes especiais e tem validade pelo prazo de 90 dias. Por ausência de óbice legal, ambos os noivos podem ser representados por procurador.

Para a **revogação do mandato** outorgado para fins matrimoniais, também é necessário instrumento público. Se a revogação não chegar a tempo ao conhecimento do mandatário e o casamento for celebrado, o mandante responde por **perdas e danos** (CC 1.542 § 1.º). Frente ao noivo, é claro! Revogado o mandato, em princípio, deveria ser reconhecida a nulidade absoluta do casamento. No entanto, a lei o tem por **anulável** (CC 1.550 V). Há a possibilidade de o casamento ter "validade" na hipótese de, mesmo revogado o mandato, ocorrer a coabitação entre os cônjuges. Até parece que é o **contatosexual** que convalida o casamento. Tal disposição legal acaba por referendar a falsa crença de que o matrimônio se consuma na noite de núpcias! A justificativa doutrinária é pouco convincente: evitar o uso malicioso desse expediente para conseguir os favores sexuais do cônjuge.[21]

Outro ponto revela a nítida intenção do legislador de incentivar o casamento e prestigiar a sua vigência. Expressamente é prevista a possibilidade do **casamento por procuração**, mas nada é dito sobre sair do casamento através de procurador. Limita-se a lei a dizer que a ação de **divórcio** compete **exclusivamente** aos cônjuges (CC 1.582). Mas vinha a jurisprudência admitindo, em casos excepcionais, mediante a prova da impossibilidade do comparecimento de um dos cônjuges à audiência de separação ou divórcio, sua

representação por meio de procurador. Como Resolução do CNJ[22] admite que no divórcio realizado extrajudicialmente (CPC 733), os divorciandos possam ser representados por mandatário constituído por escritura pública, impositivo admitir a possibilidade de um ou ambos os cônjuges serem representados por procurador no divórcio judicial.

10.4.4. Nuncupativo ou in extremis

Essas esquisitas expressões identificam o casamento realizado quando um dos nubentes está em **iminente risco de morrer** (CC 1.540 a 1.542). Em face da urgência, é possível sua celebração sem juiz de paz e sem prévia habilitação. Não é necessário o atendimento de nenhum dos requisitos legais. Basta a presença de seis testemunhas que não tenham parentesco (em linha reta ou colateral, até segundo grau) com os nubentes. No prazo de 10 dias, as testemunhas devem **confirmar** o casamento perante a autoridade judicial que, antes de mandar registrar o casamento, deve proceder a uma verdadeira investigação. Estranhamente, não é prevista a ouvida do cônjuge sobrevivente.

Todo esse procedimento é dispensável se o enfermo convalescer e **ratificar** o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro. Ainda que não o explicite a lei, devem ambos os cônjuges, e não só o enfermo, ratificar o casamento. Em qualquer das duas hipóteses - quer o noivo sobreviva ou não -, os efeitos do casamento retroagem à data de sua **celebração**.

10.4.5. Putativo

Trata-se do casamento nulo ou anulável, mas **contraído de boa-fé** por um ou por ambos os cônjuges (CC 1.561). Mesmo desconstituído, o casamento produz efeitos com relação ao cônjuge que estava de boa-fé. Este período de validade vai da data da celebração até o trânsito em julgado da sentença que o desconstitui. Assim, quanto ao cônjuge que casou de boa-fé, a sentença tem efeito *ex*

nunc, o casamento só se desfaz depois de a sentença tornar-se definitiva. Se desfaz quando a sentença transita em julgado, ou seja, não retroage nem à data do casamento (CC 1.563) nem à data da sentença anulatória. Já quanto ao cônjuge que agiu de má-fé, por ter ciência da causa nulificante do casamento, o efeito da anulação é *extunc*, retroage à data da celebração. É como se o casamento não tivesse existido.

Mesmo desconstituído o casamento, persiste o direito a **alimentos**.[23] Com relação aos **filhos**, os efeitos subsistem sempre, independentemente da boa ou má-fé dos genitores.

10.4.6. Homossexual

Nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculizava a realização do casamento era somente o preconceito. Aliás, a construção doutrinária sobre casamento inexistente tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade do casamento homossexual.

A **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06) alargou o conceito de família para albergar as uniões homoafetivas. A partir da decisão do STF,[24] que assegurou às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres da união estável, passou a ocorrer a conversão da união estável em casamento. O STJ admitiu a habilitação para o casamento[25] e Resolução do CNJ[26] impediu que fosse negado acesso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

10.4.7. Consular

É o casamento de brasileiro realizado **noestrangeiro**, perante a autoridade consular brasileira. O cidadão brasileiro que reside no exterior tem a opção de casar conforme a lei pátria, no consulado, caso não queira sujeitar-se à legislação local. O casamento deve ser submetido a **registro**, no prazo de 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao País. O registro é feito no cartório do domicílio dos nubentes ou, se não tiverem domicílio certo, no 1.º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir (CC 1.544).

10.4.8. De estrangeiros

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB 7.º) estabelece que a legislação do país onde está domiciliada a pessoa determina as regras gerais sobre direito das famílias. Para a validade do casamento de estrangeiros no Brasil, vindo o casal a fixar residência aqui, é necessário o registro da certidão do casamento, com a devida tradução e a autenticação pelo agente consular brasileiro (LRP 32).

10.5. Conversão da união estável em casamento

A possibilidade de converter a união estável em casamento é assegurada constitucionalmente (CF 226 § 3.º). De forma singela, a lei civil (CC 1.726) limita-se a dizer que o pedido deve ser formulado em juízo, com posterior assento no registro civil.

A exigência de intervenção judicial afronta a própria recomendação constitucional de que seja **facilitada** a conversão da união estável em casamento. Ora, a necessidade de processo judicial, que implica contratação de advogado, pagamento de custas e, quem sabe, até produção de provas, é fator complicador. Por isso alguns Estados regulamentam o procedimento em sede administrativa.

Talvez a exigência se justifique para emprestar efeito retroativo ao casamento. Mas, ainda assim, podem os conviventes obter o mesmo efeito de ordem patrimonial por meio de pacto antenupcial. De qualquer forma, casar é muito mais fácil e, além de grátis, claro que é mais romântico!

10.6. Capacidade

A maioridade acontece aos 18 anos. A partir desta idade as pessoas podem livremente casar e escolher o regime de bens. Mas é permitido o casamento a partir dos 16 anos (CC 1.517). É a chamada **idade núbil**.

Dos 16 até os 18 anos as pessoas são **relativamente incapazes** (CC 4.º) e precisam ser assistidas para os atos da vida civil. Até completarem a maioridade civil, é necessária **autorização** dos pais para casar (CC 1.634 III). No entanto, se o filho estiver **emancipado,** não é necessário a autorização dos genitores.[27]

Como é indispensável a concordância de ambos os genitores, se um não anuir, é possível o **suprimento judicial do consentimento** (CC 1.517 parágrafo único, 1.519 e 1.631 parágrafo único).

Celebrado o casamento mediante autorização judicial, de modo absolutamente desarrazoado impõe a lei o regime da **separação legal** de bens (CC 1.641 III). Ora, se houve o suprimento do consentimento, é porque a negativa de autorização foi reconhecida como injustificável. Assim, não cabe penalizar os noivos pela resistência indevida de seus representantes.

A ausência de consentimento dos pais torna o casamento **anulável** (CC 1.550 II). Ainda que concedida autorização, esta pode ser revogada, mas somente até a data das núpcias (CC 1.518). Celebrado o casamento, cessa a menoridade (CC 5.º parágrafo único II).

Em caráter excepcional, é admitido o casamento de menores de 16 anos (CC 1.520): (a) para evitar imposição ou cumprimento de **pena criminal** e (b) no caso de **gravidez**. No entanto, em nenhuma dessas hipóteses encontra-se justificativa para autorizar um menor - normalmente uma mulher (ou menina?) - de casar.

Sem voltar ao passado, em que a preservação da família se sobrepunha ao interesse do Estado de punir a prática de um crime, em boa hora foi afastada a transformação da mulher em **excludente da criminalidade**. As duas hipóteses previstas na lei penal (CP 107 VII e VIII), que identificavam o casamento como causa de **extinção da punibilidade** nos delitos "contra os costumes",[28] foram revogadas.[29] Admitir o casamento do réu com a vítima como forma de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal nada mais significava do que chancelar o estupro, absolvendo o autor de um crime hediondo, agravado pelo fato de ser a vítima uma adolescente. Com essa salutar alteração da lei penal, há que se reconhecer ter ocorrido a derrogação tácita de parte do art. 1.520 do CC.

A **gravidez**, que pode decorrer de relacionamento sexual ou até de inseminação artificial,[30] não deveria autorizar o casamento de menor de 16 anos. Não se encontra justificativa a tal possibilidade. Nem para "legitimar" os filhos cabe permitir o casamento, até porque não existe prole ilegítima. Ao depois, não há mais qualquer discriminação social contra filhos havidos fora do casamento.

Em caso de gravidez, se houve o casamento sem autorização, não é cabível sua anulação por motivo de idade (CC 1.551). Assim, para uma jovem casar com menos de 16 anos, basta engravidar! Fora dessa hipótese não é possível o casamento ser autorizado, nem judicialmente. Não obstante, há uma perversa consequência: impossibilitadas de casar, as meninas menores de 16 anos acabam vivendo em união estável, o que as coloca em situação de vulnerabilidade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao alterar um punhado de artigos do Código Civil, restringiu a **incapacidade absoluta** aos menores de 16 anos de idade (CC 3.º). A **incapacidade relativa** para certos atos da vida civil dizem com outras causas incapacitantes (CC 4.º): II - ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - pródigos. Apesar de estes sujeitarem-se à **curatela**, não estão impedidos de casar. A pessoa com deficiência mental ou intelectual pode expressar sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (CC 1.555 § 2.º). O casamento não é **nu**lo.

10.7. Impedimentos

Existem duas ordens de impedimentos matrimoniais: (a) impedimentos de caráter absoluto (CC 1.521) e (b) impedimentos relativos, chamados de causas suspensivas (CC 1.523). Desatendida a vedação legal "não podem casar", o casamento é **nulo** (CC 1.548 II). A infringência à recomendação de "não devem casar" não torna o casamento anulável (CC 1.550) - simplesmente é imposta sanção de natureza patrimonial: o regime da separação de bens (CC 1.641 I).

10.7.1. Impedimentos absolutos

Diante da expressão "impedimentos matrimoniais" é necessário distinguir incapacidade para o casamento e impedimento matrimonial. **Incapacidade para o casamento** é a inaptidão genérica frente a qualquer pessoa, ou seja, alguém que não pode casar com quem quer que seja. A incapacidade para o casamento pode ser absoluta ou relativa. As **pessoas casadas** não podem casar com ninguém. Trata-se de **incapacidade absoluta** , que não pode ser suprida pelo juiz. O casamento com pessoa casada é **nulo** e deve ser desconstituído. Os **menores de 16 anos** também não podem casar seja com quem for. Trata-se, no entanto, de **incapacidade relativa**,

havendo a possibilidade de ser suprida ou sanada judicialmente: realizado o casamento, é somente **anulável**.

Já **impedimento**, em sentido estrito, é a impossibilidade de alguém casar com **determinada pessoa**. Trata-se de proibição que atinge uma pessoa com relação a outra ou outras. Assim, não podem casar, por exemplo, ascendentes com descendentes. Não se trata de **incapacidade para o casamento**, mas apenas de impedimento para casar com certa pessoa, estando livre, no entanto, para casar com quem lhe aprouver.[31]

A falta de **plena capacidade** não enseja a **nulidade** do casamento. Somente sua **anulabilidade**, se for incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, seu consentimento (CC 1.550 IV). A alegação de **vício de vontade** decorrente de **erro essencial** só enseja a anulação se a ignorância, anterior ao casamento, é de defeito físico irremediável que **não caracterize deficiência** ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (CC 1.557 III).

Entre os **impedimentos legais** (CC 1.521), encontra-se uma causa de incapacidade absoluta para o casamento: das **pessoas casadas** (VI). As demais causas são verdadeiramente impedimentos, referentes ao **parentesco** (I a V) ou por fundamento de puro **conteúdo moral** (VII). A vedação de casamento entre **pais e filhos** (ascendentes e descendentes), **sogros, genros ou noras** (parentes afins em linha reta) e entre **irmãos** (filhos de pais comuns ou não) justifica-se pela interdição do **incesto**. Estendido o vínculo de parentesco também à **uniãoestável** (CC 1.595), aumentou o rol dos impedimentos. Durante a vigência da união, não é possível o casamento entre os filhos dos companheiros advindos das uniões anteriores, pois são reconhecidos como **irmãos** (parentes em segundo grau por afinidade). Persistindo, mesmo depois de cessada a união, o vínculo de parentesco na linha reta, o ex-companheiro não

pode casar com a filha da companheira com quem viveu em união estável.

A referência de forma destacada aos **filhos por adoção** (CC 1.521 III e V) se justifica. A adoção gera duas ordens de impedimentos, tanto em relação à família de origem como diante dos familiares dos adotantes. As razões éticas são as mesmas.[32] Ainda que a Constituição proíba discriminações com referência à filiação (CF 227 § 6.º), e o adotado se torne filho igual ao natural, persistem os impedimentos decorrentes da filiação biológica (ECA 41). Por isso, o adotado sofre **duplo impedimento matrimonial** (CC 1.521 I a V).

É proibido o casamento de **parentes** até o **terceiro grau** (CC 1.521 IV), encontrando-se incluído nesta vedação o casamento entre tio e sobrinha. No entanto, o DL 3.200/41, alterado pela L 5.891/73 autoriza sua realização mediante **autorização judicial** . Como o decreto não foi revogado, modo expresso, a tendência é reconhecer que não há incompatibilidade com o Código Civil, persistindo a possibilidade do casamento desde que médico ateste a compatibilidade genética para o casal procriar. Aliás, este casamento tem até um nome: **avuncular**.[33] Neste sentido enunciado das Jornadas de Direito Civil do CJF.[34]

Como a finalidade procriativa não mais é da essência do casamento, sequer se justifica a exigência de realização de prévio exame médico e autorização judicial. Basta lembrar o **casamento homoafetivo**, em que inexiste capacidade reprodutiva do casal. O fato é que a Justiça vem admitindo sua realização, bem como reconhecendo a existência de união estável.[35]

A vedação a que **pessoas casadas** casem (CC 1.521 VI) enquanto existir o vínculo conjugal - ou seja, antes do divórcio, da anulação do casamento ou da morte de um dos cônjuges - decorre da adoção do regime monogâmico, tanto que a **bigamia** constitui crime

(CP 235). Esse é o motivo de o viúvo não poder casar com quem matou ou tentou matar seu cônjuge e foi condenado por homicídio ou tentativa de homicídio (CC 1.521 VII). Não disse a lei - mas deveria - que o impedimento ocorre em caso de **homicídiodoloso**. Cabe atentar que a lei fala em "cônjuge sobrevivente", o que significa que o impedimento só tem lugar nos casos de viuvez. Assim, quem se divorcia pode casar com o autor do crime de tentativa de homicídio do seu ex-cônjuge.

Os impedimentos podem ser suscitados por qualquer pessoa até o momento da celebração do casamento. Devem ser opostos por **declaração escrita** e assinada e com a indicação das provas (CC 1.529). Nada de: fale agora ou cale-se para sempre...

Celebrado o matrimônio, mesmo que **nulo** (CC 1.548 II), somente os interessados podem, a **qualquer tempo**, buscar a declaração da nulidade (CC 1.549). No entanto, não declina a lei quem são os "interessados", ou melhor, quem são os legitimados para propor a ação de anulação de casamento. Somente faz referência ao menor, seus representantes e ascendentes (CC 1.552), quanto ao casamento anulável. Nada é dito em se tratando de casamento nulo. Assim, por falta de referendo legal, não se sabe a quem conferir legitimidade extraordinária para a demanda desconstitutiva.

A legitimidade conferida ao **Ministério Público** (CC 1.549) não mais persiste, pois o CPC somente lhe outorga legitimidade para interferir nas ações em que há interesse público, social ou interesse de incapaz (CPC 178 I e II). E a manutenção do casamento não exige a participação de um fiscal da ordem jurídica (CPC 178).

10.7.2. Causas suspensivas

Com a advertência **não devem casar** , traz a lei um rol de hipóteses em que o casamento não é proibido, mas há a recomendação para que as pessoas não casem. Apesar da expressão "causas suspensivas", tais causas são meramente penalizadoras na

esfera patrimonial dos contraentes, sem invalidar o ato matrimonial.[36] Assim, mais adequadamente se deveriam chamar de **causasrestritivas**,[37] pois, na prática, não ocorre a suspensão, mas mera restrição de caráter econômico. Melhor talvez seria chamar ditas causas de **punitivas**. Quando o amor fala mais alto e as pessoas casam, mesmo desatendendo a recomendação legal, sujeitam-se a uma sanção: o casamento não gera efeitos de ordem patrimonial. É imposto o regime da separação de bens com o intuito de evitar o embaralhamento de patrimônios (CC 1.641 I).

Diz a lei que não deve casar (CC 1.523): I - o **viúvo ou a viúva** que tiver **filho** com o cônjuge falecido, se não foram feitos o inventário e a partilha; III - o **divorciado**, antes de homologada ou decidida a partilha dos bens; IV - o **tutor** ou o **curador** e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com o tutelado ou o curatelado, enquanto não cessar a tutela ou a curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas. Em todas essas hipóteses, fica evidenciado que o interesse é exclusivamente de ordem patrimonial.

Também não deve casar (CC 1.523): II - a **viúva** ou a mulher cujo casamento se desfez por nulidade ou anulação, até 10 meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal. Durante esse período existe a presunção de que o filho é do marido (CC 1.597 II). Mas exclusivamente a **morte** se presta para o efeito de estabelecer o momento do início do referido prazo. A **anulação** do casamento depende de ação judicial e só produz efeito após o trânsito em julgado da sentença. A **dissolução** da sociedade conjugal está condicionada ao divórcio judicial ou extrajudicial. Às claras que o início do lapso temporal para definir a paternidade por presunção não pode estar condicionado a esses marcos. É a **separação de fato** que leva ao fim da convivência - ou, ao menos, gera a presunção da ausência de contatos sexuais - e, por isso, afasta a possibilidade de gravidez. A partir do momento em que for provada a inexistência de gravidez desaparece a causa suspensiva. Ocorrendo o

casamento sem o decurso desse prazo, se o filho nascer antes de 300 dias, presume-se que é do primeiro marido. Se nascer depois, é considerado filho do novo cônjuge (CC 1.598). Como o DNA identifica com segurança o vínculo de filiação, soa retrógrado manter as presunções, que revelam a negligência do legislador, que se limitou a copiar a lei anterior.

Nenhum desses impedimentos veda a celebração do matrimônio. Desatendidas as restrições legais, o casamento não é nulo nem anulável. As sequelas são exclusivamente de ordem patrimonial, já que é imposto o regime da **separação de bens** (CC 1.641 I). Ocorrendo o casamento antes da partilha dos bens do anterior matrimônio (CC 1.523 I), é assegurada aos filhos **hipoteca legal** sobre os imóveis do viúvo que casou antes de fazer o inventário do cônjuge que faleceu (CC 1.489 II). A mesma garantia existe quando, no divórcio, não foi levada a efeito a partilha.

Caso os nubentes provem a ausência de prejuízo, o juiz pode **autorizar** o casamento sem aplicar as causas suspensivas (CC 1.523 parágrafo único). Assim, além de ficar afastado o regime da separação de bens, também a hipoteca legal se esvai.

A legitimidade para arguir as causas suspensivas à celebração do matrimônio só é conferida aos parentes em linha reta e aos colaterais até o segundo grau de um dos nubentes, seja o parentesco consanguíneo ou afim (CC 1.524). A declaração deve ser feita por escrito e com as provas do fato alegado (CC 1.529).

10.8. Processo de habilitação

Em vez de delegar à lei registral - sede própria para esses procedimentos -, o Código Civil regula de forma minuciosa o processo de habilitação e a celebração do casamento.

Trata-se de procedimento instaurado perante o Cartório do Registro Civil do domicílio de um ou de ambos os noivos (CC 1.525 a 1.532; LRP 67 a 69). A habilitação tem eficácia por **90 dias** (CC 1.532). A quem declarar **pobreza**, a habilitação, o registro e a primeira certidão são isentos de selos, emolumentos e custas, ou seja, são gratuitos (CC 1.512 parágrafo único).

Apesar de a lei referir que a habilitação deve ser feita **pessoalmente** (CC 1.526), é autorizado que o requerimento seja firmado por **procurador com poderes especiais** (CC 1.525). Os noivos preenchem um formulário requerendo a habilitação, declarando o respectivo domicílio e o de seus pais, se forem eles conhecidos, é claro (CC 1.525 IV). Ambos devem apresentar **certidão** de nascimento ou, em caso de divórcio ou viuvez, certidão de casamento (CC 1.525 I). Sendo algum dos noivos menor de 18 anos, é necessária a **autorização** por escrito dos pais ou a **decisão judicial** que supre o consentimento. Nas hipóteses em que existem causas suspensivas à realização do casamento (CC 1.523), para ser afastado o regime da separação legal de bens, precisa ser juntada a decisão judicial que dispensou sua obrigatoriedade (CC 1.523 parágrafo único). Também é necessária declaração de duas **testemunhas** que atestem conhecer os noivos e afirmem desconhecer impedimento que os iniba de casar (CC 1.525 III). Igualmente, é preciso provar que eventual casamento anterior está desfeito. Para isso, deve ser anexada a certidão de óbito do cônjuge falecido ou o registro do divórcio ou da anulação de casamento (CC 1.525 V). É necessário juntar o **pacto antenupcial** (CC 1.653) ou o termo de opção pelo regime de comunhão parcial (CC 1.640 parágrafo único).

Atendidos esses requisitos, verificando o Oficial a inexistência de fatos impeditivos, é extraído **edital**, a ser afixado durante 15 dias no cartório em que os nubentes têm sua **residência** e não na cidade em que foi registrado o nascimento dos noivos. Como a lei não exige que o casamento seja realizado no local da habilitação de um ou ambos os nubentes, o edital é publicado também no local onde cada um

reside (CC 1.527). Se houver **jornal** local, deve ser publicado na imprensa. Esse prazo serve para a oposição de eventuais **impedimentos**. Em caso de urgência, a publicação pode ser dispensada (CC 1.527 parágrafo único). Enunciado das Jornadas de Direito Civil diz ser dispensável aguardar o decurso do prazo do edital, não sua publicação.[38]

Denunciada a existência de **impedimentos** (CC 1.521) ou de causas suspensivas (CC 1.523), mediante denúncia escrita e acompanhada de provas (CC 1.529), deve o oficial dar ciência aos noivos da oposição apresentada (CC 1.530). É oportunizada contraprova. Evidenciada a ocorrência de má-fé do denunciante, é possível a qualquer dos nubentes promover ação civil ou criminal contra ele (CC 1.530 parágrafo único).

No processo de habilitação não há mais a **intervenção judicial**, só do Ministério Público. Exclusivamente no caso de haver impugnação por parte do oficial ou de terceiro, a habilitação é submetida ao juiz (CC 1.526 parágrafo único).

Diz a lei que o juiz decidirá "sem recurso" (LRP 67 § 2.º). No entanto, não há como negar acesso às vias recursais. Se foi rejeitado o pedido, por reconhecido algum impedimento matrimonial, possível o uso do recurso de apelação. Porém, se a não homologação foi por falta de documento, cabe nova habilitação.

10.9. Celebração

O casamento - rito de passagem para o estado de casado - é um **ato solene**, cercado de rigor formal. Sua celebração é gratuita (CF 226 § 1.º e CC 1.512). O ato é realizado em dia, hora e local anteriormente designados pelo **juiz de paz**, que tem competência outorgada pela Constituição para realizá-lo (CF 98 II). A indicação de quem exerce a atividade de celebrante é feita pelas leis estaduais,

variando de Estado para Estado. Os nubentes devem estar previamente habilitados (CC 1.533).

A solenidade é realizada nas dependências do **Cartório do Registro Civil**, onde foi feita a habilitação, mas pode ocorrer em **outro local**, mediante autorização do celebrante (CC 1.534). Por ser solenidade pública, as **portas** devem permanecer **abertas**, até porque há a possibilidade da oposição de impedimentos. A exigência não pode ser mais absurda, principalmente em época de tanta violência.

Necessitam estar presentes: a **autoridade celebrante**; os **noivos** ou procurador com poderes especiais (CC 1.542); o **oficial do registro civil** e **duas testemunhas**, que podem ser parentes dos noivos. Na hipótese de algum dos nubentes não saber ou não poder assinar, serão quatro as testemunhas (CC 1.534 § 2.º). O juiz de paz pergunta aos nubentes se pretendem casar por livre e espontânea vontade. Ouvida a palavra "sim", o celebrante declara efetuado o casamento (CC 1.535).

Sempre se discutiu, e muito, sobre o momento em que o casamento efetivamente se tem por realizado. Apesar das divergências, predomina o entendimento de que se perfectibiliza mediante um duplo requisito: a manifestação de vontade dos noivos e a afirmação do celebrante que os declara casados (CC 1.514). Esse é o momento em que acontece o casamento. Após a celebração, é lavrado o assento no **livro de registro civil das pessoas naturais** (CC 1.536), que é assinado pelo presidente do ato, cônjuges, testemunhas e o oficial de registro. No assento deve constar a qualificação dos recém-casados, dos seus pais e das testemunhas, além dos dados relativos à habilitação e ao regime de bens (CC 1.536). Também é anotado o **nome** que os cônjuges passarão a usar, pois qualquer deles pode adotar o sobrenome do outro (CC 1.565 § 1.º). Como já estão casados, os cônjuges devem assinar o nome que adotaram.

O registro do casamento tem finalidade certificatória, e a certidão do registro serve de prova de sua celebração (CC 1.543). Na

ausência do registro, justificada sua falta, perda ou extravio, admite-se qualquer outro meio de prova (CC 1.543 parágrafo único). Não se trata, por óbvio, da simples perda da certidão, já que pode ser emitida segunda via. Trata-se do desaparecimento do próprio registro, seja do livro, seja do cartório onde foi efetuado o lançamento.[39]

Quando o casamento era indissolúvel, justificava-se que, com o casamento, o documento identificatório da pessoa passasse a ser a **certidão de casamento**. Agora não mais. De todo descabido que haja a substituição do registro de nascimento pelo do casamento. Quando o casamento se dissolve pelo divórcio e novo casamento ocorre, é expedida nova certidão de casamento. Certamente melhor atenderia à segurança das relações jurídicas se no **registro de nascimento** fosse averbado o casamento, o divórcio, a união estável e a morte da pessoa. Tudo em um único documento.

Havia expressa vedação de se proceder ao **reconhecimento de filho** na ata do casamento (L 8.560/92 3.º). Tal proibição não foi reproduzida no Código Civil, silêncio que afasta a injustificável proibição, que em boa hora foi excluída. Assim, nada impede o reconhecimento no momento da solenidade do casamento.

10.10. Posse do estado de casado

Não havendo meios de comprovação do casamento - quer porque os cônjuges, por limitações físicas ou psíquicas, não podem se manifestar, quer porque já são falecidos -, socorre-se a lei da **teoria da aparência**, ao invocar a posse do estado de casado. Presume-se casado quem vive como tal, quem aparenta ser casado, quem goza da aparência de situação que corresponde a um direito.[40] Como desfruta de condição que não corresponde à verdade, mas que todos acreditam existir, a aparência não pode ser desconsiderada. A **tutela da aparência** acaba dando forma e cor à exterioridade que corresponde a uma realidade que não existe.

Diante da inexistência do comprovante de sua celebração, mas frente à prova da posse do estado de casado, o casamento não pode ser contestado. Se duas pessoas vivem publicamente como se casadas fossem, a existência do matrimônio é reconhecida. Não se confere *status* de casamento a situações de mera convivência ou coabitação, ainda que haja filhos. Trata-se de ausência da prova documental da ocorrência do casamento que não pode ser evidenciado pela falta do registro cartorário ou de outro documento hábil. Como lembra Maria Helena Diniz, a posse do estado de casado serve como prova de casamento, além de elemento saneador de algum defeito na sua celebração.[41]

O princípio *in dubio pro matrimonio* visa a proteger o casamento, se evidenciada a posse do estado de casado. Cuida-se, na verdade, de **presunção de casamento**, e só pode ser afastada mediante a prova da existência de casamento anterior.[42] Havendo dúvida quanto à celebração da solenidade nupcial, prestigia-se o casamento se os cônjuges vivem como se casados fossem, isto é, se desfrutam da posse do estado de casados (CC 1.545). Resultando a prova da celebração do matrimônio de processo judicial, a sentença é levada a registro e produz todos os efeitos desde a data do casamento, tanto no que diz com os cônjuges, como no que respeita aos filhos (CC 1.546).

Este prestígio ao casamento, a ponto de presumir que existiu ainda que não se tenha prova da sua existência, é mais um dos arcaísmos que a lei esqueceu de excluir. Como a **união estável** desfruta do mesmo *status* do casamento, não mais se justifica presumir que quem vive junto é casado!

10.11. Estado civil

O estado civil é um **atributo da personalidade**. A identificação do estado civil - que inclusive integra a qualificação da pessoa - tem

significado tanto de ordem pessoal como social e patrimonial. A pessoa nasce **solteira**. Ao casar assume o estado civil de **casada**. Quando morre um dos cônjuges, o sobrevivente adquire o estado civil de **viúvo**. A mudança do estado civil sempre teve como elemento modificador o casamento. Tanto é assim que o fim do casamento provoca alteração do estado civil: a pessoa passa de casada ao estado civil de **divorciada**.

É o casamento que provoca a alteração do **estado civil**. Os noivos passam à condição de casados. Assim, **solteiro** é quem nunca casou, e **casado** é aquele que contraiu núpcias e se mantém na relação marital. **Separado judicialmente** é aquele cujo casamento se mantém, apesar de a sociedade conjugal estar rompida (CC 1.571 III). Mesmo com o fim do instituto da separação,[43] persiste o estado civil de separado, não ocorrendo sua automática conversão em **divorciado**, que sinaliza que o vínculo conjugal está dissolvido. O **viúvo** perdeu a condição de casado em decorrência do falecimento do cônjuge. Em qualquer dessas hipóteses, o elemento diferencial é o casamento, sua existência ou seu fim.

Há enorme e justificável resistência por parte de **divorciados** e viúvos, que se sentem discriminados por assim serem rotulados, reivindicando o direito de se identificarem como solteiros. O que importa aos terceiros é saberem se a pessoa é ou não proprietária exclusiva do seu patrimônio e não se é solteira, divorciada ou viúva.

A perfeita identificação do momento em que ocorre a **alteração do estado civil** empresta segurança às relações jurídicas. Afinal, nem as pessoas casadas nem as separadas de fato, de corpos ou judicialmente podem casar. Mas os reflexos mais significativos são de **ordem patrimonial**. A **união estável** provoca as mesmas restrições, mas olvidou-se o legislador de prever o estado civil dos que vive em união estável.

A condição de solteira, separada, divorciada ou viúva identifica a pessoa sozinha, que é proprietária de seu patrimônio, com exclusividade. Já a casada - a depender do regime de bens do casamento - não tem a disponibilidade de seus bens. Assim, quem pretende fazer qualquer negócio com outrem sempre precisa saber qual é o seu estado civil. Aos casados a lei impede a prática de determinados atos, havendo a necessidade da concordância do outro cônjuge. Não só quando da **alienação de bem imóveis**, mas também para a concessão de **aval** ou **fiança** é necessária outorga marital ou uxória (CC 1.647).

Como a jurisprudência empresta efeitos à **separação de fato**, fazendo cessar o regime de bens, não basta a expressão "separado" para identificar quem está fora do casamento. Quando a separação era levada a efeito somente pela via judicial, depois de homologada, surgia o estado civil de **separado judicialmente**. Com o surgimento da possibilidade da **separação extrajudicial**, mediante pública escritura, a expressão deixou de servir para a identificação do estado civil de quem havia optado pela via administrativa para se separar. Assim, o estado civil dos ex-cônjuges que se separaram extrajudicialmente não pode ser de separados judicialmente, pelo só fato de não ter sido levada a efeito pela via judicial. A doutrina, inclusive, recomenda o uso da expressão **separados juridicamente**. Todas essas questões, no entanto, caíram por terra a partir da extinção do instituto da separação. De qualquer modo, quem se separou antes da reforma constitucional[44] permanece com o estado civil de separado. Não precisa converter a separação em divórcio - basta pedir o divórcio sem esperar a decorrência de qualquer prazo.

Leitura complementar

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Casamento religioso autônomo: resgate histórico. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano X, n. 59, p. 17-22, set. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. Curitiba: Juruá, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 133-190.

1

Arnoldo Wald, Direito de família, 39.

2

Marcos Colares, A sedução de ser feliz..., 62.

3

Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil, 13.

4

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. VII, 210.

5

Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil, 16.

6

Gustavo Tepedino, O papel da culpa na separação e no divórcio, 203.

7

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 291.

8

Idem, 293.

9

Julie Cristine Delenski, O novo direito da filiação, 67.

10

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 41.

11

Idem, 40.

12

Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão..., 44.

13

Paulo Lôbo, Famílias, 76.

14

Orlando Gomes, Direito de família, 48.

15

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 41.

16

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. VII, 204.

17

Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do casamento, 10.

18

Sérgio Resende de Barros, A ideologia do afeto, 7.

19

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 21.

20

União estável. Casamento religioso. Religião afro-brasileira. Valor probante. Reconhecimento de união estável a partir de - e principalmente - casamento religioso devidamente provado com certidão fornecida por federação que congrega casas

onde se cultua religião afro-brasileira. Aplicação do § 3.º do art. 226 da CF. Negaram provimento aos apelos. (TJRS, AI 70003296555, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 27/06/2002).

21

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 39.

22

Resolução CNJ 35, de 24/04/2007.

23

Ação de desconstituição de casamento. Casamento putativo. Exoneração de alimentos. Embora desquitada, estando a apelada casada com outra pessoa quando contraiu matrimônio com o apelante, havia nulidade absoluta deste casamento em razão de infringência de impedimento constante do art. 183, VI, do Código Civil de 1916, que veda o casamento entre pessoas casadas, reproduzido no art. 1.521, VI, do atual Código Civil. Declarada a nulidade do casamento, mas constatada a boa-fé da ré, que acreditava que o primeiro marido estava morto quando do segundo casamento, e constatado que o autor tinha ciência que o casamento anterior não estivesse desfeito, configura-se o casamento putativo e a consequente produção de efeitos até a sentença que declara sua nulidade, entre os quais o dever de prestar alimentos. Ainda que reconhecida a nulidade do casamento entre o apelante e a apelada, se viveram vários anos como marido e mulher, separaram-se judicialmente e divorciaram-se, está presente o dever de mútua assistência em decorrência da indiscutível relação matrimonial havida entre as partes. Descabe a exoneração dos alimentos acordados entre os litigantes em sede de separação judicial, não vislumbrada a alteração do binômio necessidade/possibilidade de forma a justificar a extinção do encargo. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70042905992, 7.ª C. Cív., Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 28/09/2011).

24

STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

25

STJ, REsp 1.183.378/RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

26

Resolução do CNJ 175.

27

Enunciado 512 do CJF: O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.

28

Essa equivocada expressão do Código Penal referia-se aos crimes cometidos contra a liberdade sexual. Davam ensejo à extinção da punibilidade os delitos de estupro (CP 213), posse sexual mediante fraude (CP 215), atentado ao pudor mediante fraude (CP 216), sedução (CP 217), corrupção de menores (CP 218) e rapto (CP 219).

29

A Lei 11.106/05, que revogou tais dispositivos legais, também aboliu os crimes de rapto e sedução. A Lei 12.015/09 introduziu alterações nos arts. 215 e 218 do CP, e revogou o art. 216 do CP.

30

Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do casamento, 22.

31

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 37.

32

Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

33

José Carlos Teixeira Giorgis, O casamento avuncular, 74.

34

Enunciado 98: O inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.

35

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*. Agravo retido. Legitimidade passiva. Herdeiros. Impedimento para o casamento. Excepcionalidade. [...] 2. A proibição constante no art. 1.521, IV do Código Civil, de

casamento entre parentes colaterais até o terceiro grau, deve ser interpretada em consonância com o Decreto-lei 3.200/41, que permite ao juiz autorizar, em caráter excepcional, o casamento entre tios e sobrinhos desde que assegurada a saúde da prole. [...] 4. Agravo retido desprovido. Apelação da autora e recurso adesivo dos réus desprovidos. (TJDF, AC 20080110373960, 4.ª T. Cív., j. 10.04.2013, Rel. Des. Antoninho Lopes).

36

Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 190.

37

Valdemar da Luz, Comentários ao Código Civil: direito de família, 30.

38

Enunciado 513 do CJF: O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.

39

Idem, 52.

40

Julie Cristine Delenski, O novo direito da filiação, 66.

41

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 118.

42

Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka, Do casamento, 33.

43

EC 66/10 - deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

44

EC 66/10.

11. EFICÁCIA DO CASAMENTO

SUMÁRIO: 11.1 Visão histórica - 11.2 Tentativa conceitual - 11.3 Direitos e deveres: 11.3.1 Fidelidade; 11.3.2 Vida em comum no domicílio conjugal; 11.3.3 Mútua assistência, consideração e respeito; 11.3.4 Sustento, guarda e educação dos filhos - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226 §§ 1.º e 2.º; CC 1.565 a 1.570; CP 235; L 9.263/96.

11.1. Visão histórica

A legislação pretérita bem retratava o perfil de uma sociedade patriarcal e machista, que colocava a mulher em uma posição de absoluta subserviência. O **Código Civil de 1916** elencava, de modo distinto, os direitos e os deveres do marido (CC/16 233 a 239) e da mulher (CC/16 240 a 255) e empurrava a mulher para uma posição de incontestável inferioridade jurídica e social. [1]

O viés marcadamente hierarquizado da família levava a atribuir, ao homem, a **representação legal da família**. Assim, era ele o **chefe da sociedade conjugal**, o " **cabeça" do casal**, com uma série de privilégios a comprovar sua superioridade. Era dele a responsabilidade pela **manutenção da família**, cabendo-lhe administrar os bens comuns e os bens da mulher. Ele é quem fixava o **domicílio conjugal**. A mulher tinha de se submeter à vontade do marido. Essa supremacia masculina se evidenciava, também, no poder familiar, que se denominava **pátrio poder**, ou seja, o poder do pai. Havendo divergência entre os genitores, prevalecia a palavra dele. A vontade da mulher nada valia. No máximo, podia ela socorrer-se do juiz para tentar ser ouvida. A mulher, ao casar, era obrigada a adotar o **sobrenome** do marido. Perdia sua **plena capacidade**, pois se

tornava relativamente capaz e precisava da autorização do marido para trabalhar. Ao ficar viúva, vindo a casar novamente, perdia a guarda dos filhos menores.

O casamento, historicamente, sempre teve por finalidade a **procriação**. Os filhos necessitavam ser filhos do patriarca, pois destinados a se tornarem os herdeiros da sua fortuna. Assim, a **fidelidade** da mulher era uma exigência, tanto que o **desvirginamento** da esposa, desconhecido do marido, autorizava a **anulação do casamento**. A verdade é que considerável número de dispositivos discriminava a mulher, os quais se tornaram odiosos com o passar do tempo. [2]

O chamado **Estatuto da Mulher Casada** (L 4.121/62) devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal. A ela foi deferida a **guarda dos filhos menores**, no caso de serem ambos os cônjuges **culpados** pela separação. Não mais necessitava da autorização marital para o trabalho. Ainda que admitida a sua colaboração na chefia da sociedade conjugal, os direitos e deveres do marido e da mulher continuavam constando de elencos distintos.

Foi a **Constituição Federal** de 1988 que impôs a **igualdade** do homem e da mulher, inclusive quanto aos direitos e deveres do casamento (CF 226 § 5.º). Assim, todas as normas da legislação infraconstitucional, que afrontavam o desígnio do constituinte, acabaram letra morta. Passou a vigorar a plena igualdade. Senão a igualdade material, ao menos a igualdade formal, meio caminho andado para se alcançar a igualdade efetiva. A essa diretriz procurou afeiçoar-se o **Código Civil**, que traz, em um único elenco, os deveres a serem respeitados por ambos os cônjuges durante o casamento.

11.2. Tentativa conceitual

Sob a expressão: *Da eficácia do casamento*, regula o Código Civil alguns dos seus **efeitos**. Além de passar a desfrutar da especial proteção do Estado (CF 226), a família constituída pelo casamento tem eficácia *erga omnes*, pois vai além dos cônjuges e se impõe perante a sociedade. O casamento irradia uma série de efeitos de natureza social, pessoal e patrimonial. [3] Traz algumas **vantagens** na esfera previdenciária, tributária etc., mas também impõe algumas **restrições**. O cônjuge necessita da **autorização** do outro para: vender ou gravar de ônus real bens imóveis, prestar fiança e aval e fazer doações (CC 1.647). Ou seja, os terceiros também são atingidos pela existência do casamento daqueles com quem se relacionam juridicamente. [4] O casamento gera a **presunção de filiação** dos filhos do casal (CC 1.597), além de tornar indissolúvel o vínculo de **afinidade** de um dos cônjuges com os parentes do outro (CC 1.595 § 2.º), pois, mesmo depois de extinto o casamento, tal relação permanece. Aliás, em face disso, existe a proibição de casamento entre sogro e nora ou com os enteados.

Mas o casamento assegura alguns **direitos**, como o de um pleitear **alimentos** ao outro (CC 1.694). As sequelas de ordem patrimonial são significativas. A depender do **regime de bens** adotado quando do casamento (CC 1.639), pode haver a comunicação de bens, inclusive de bens particulares, como acontece no regime da comunhão de bens. Também o cônjuge é o primeiro legitimado a ser **curador** do cônjuge que se incapacita (CC 1.775).

O casamento, igualmente, garante **direitos sucessórios**. O cônjuge sobrevivente é **herdeiro necessário** (CC 1.829 III) e desfruta do **direito real de habitação** (CC 1.831). Conforme o regime de bens, o viúvo tem o direito de **concorrer** com os herdeiros de classes anteriores (CC 1.829 I e II).

O casamento altera o **estado civil** dos cônjuges, que passam de solteiros a casados. O estado civil é um **atributo da personalidade**, que qualifica a pessoa perante a sociedade. Revela a situação jurídica do indivíduo nas relações sociais. A condição de casado cria restrições para a prática de determinados atos, daí a justificativa de essa informação integrar a qualificação das pessoas. O estado civil identifica a titularidade dos bens e a necessidade de haver a concordância de outrem para a prática de determinados atos (CC 1.647). No entanto, a partir do momento em que a **união estável** passou a produzir os mesmos efeitos de ordem patrimonial, sem reflexos no estado civil dos conviventes, a insegurança jurídica está instalada.

O casamento autoriza qualquer dos cônjuges a adotar o **nome** do outro (CC 1.565 § 1.º). Sem qualquer restrição na lei, não há como descartar a possibilidade de cada um assumir o sobrenome do par. Assim, pode a noiva adotar o nome do noivo e ele adotar o nome dela. Igualmente, por ausência de impedimento, além da troca de nomes, é possível cada um excluir o seu nome de família. Conclusão: ocorre a inversão dos sobrenomes.

Limita-se o Código Civil (1.565 § 2.º) a reproduzir a regra constitucional (CF 226 § 7.º) que delega ao casal o **planejamento familiar**, vedando qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. A tentativa de regulamentar tal preceito é sobremodo acanhada. A L 9.263/96 define planejamento familiar (art. 2.º): *o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal*. Afirmada a competência do Estado para propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 5.º), restringe a lei a esterilização voluntária (art. 10). Tipifica como crime a esterilização cirúrgica fora dos permissivos legais (art. 15). De forma absolutamente desarrazoada, é exigida a concordância expressa de um dos cônjuges para o outro submeter-se a procedimento de esterilização (art. 10 § 5.º). Porém, não há a

mesma exigência na união estável. De qualquer modo, nada justifica limitar a liberdade da mulher de escolher a extensão de sua prole, mesmo estando casada.

11.3. Direitos e deveres

A necessidade de demarcar os **núcleos familiares** como elementos estruturantes da sociedade leva o Estado a regular, à exaustão, o casamento como forma de constituição da família. Não se restringe a chancelar o **casamento** e regulamentar a sua **dissolução**. Assumindo o encargo de proteger a família, sente-se autorizado a atribuir responsabilidades ao casal e impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges. O alcance da expressão "sim", na solenidade do casamento, significa a concordância de ambos os nubentes com que o Estado estabeleça a eles, de forma rígida, deveres. [5] O casamento deita sobre o par afetivo um conjunto de enunciados enumerados na lei, que impõe uma espécie de poder absoluto e exclusivo de um sobre o outro. [6]

O legislador tenta explicitar os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal que, por determinação constitucional (CF 226 § 5.º), são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. A imposição coacta de **direitos e deveres** faz lembrar a origem da palavra " **cônjuge**", que identifica quem está unido pelos *sagrados* laços do matrimônio. O vocábulo *jugum* era o nome dado pelos romanos à canga ou aos arreios que prendiam as bestas às carruagens. O verbo *conjugare* (de *cum jugare*), entre outros sentidos, significa a união de duas pessoas sob a mesma canga. Donde *conjugis* quer dizer jungidos ao mesmo jugo ou ao mesmo cativeiro. Não há como esquecer isso, quando se atenta ao exacerbado intervencionismo estatal nas relações afetivas.

Ainda que sejam impostos direitos e deveres aos cônjuges (CC 1.566), não há qualquer impedimento de que, via **pacto**

antenupcial, os noivos deliberem da forma que desejarem o modo que vão levar suas vidas. Impositivo respeitar o princípio da autonomia da vontade. Eles só não podem incluir cláusulas que afrontem disposição absoluta de lei (CC 1.655), dispor sobre direito sucessório (CC 426) e sobre alimentos (CC 1.707). No mais, tudo pode ser convencionado, até o estabelecimento de regras de convívio.

O Código Civil concede aos casados a condição de **consortes** e **companheiros**, repassando-lhes a responsabilidade pelos **encargos da família** (CC 1.565). Nada mais fez o legislador do que delegar aos pais o dever de assegurar o cumprimento dos direitos que são outorgados às crianças e aos adolescentes (CF 227). Fica o Estado na cômoda posição de repartidor de deveres e ônus a serem cumpridos pelos cônjuges a partir do casamento. Não só durante o período de convívio, mas para todo o sempre.

A lei impõe, aos cônjuges, deveres de um para com o outro. O dever de um corresponde ao direito do outro (CC 1.566): I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. Apesar do extenso rol, a doutrina reconhece que a lei não cogita de todos os deveres inerentes a ambos os consortes, prevendo os mais importantes, isto é, aqueles reclamados pela ordem pública e pelo interesse social. [7]

A presença do Estado é tão invasiva, que chega à vida íntima do par. Há quem diga que o casamento gera o chamado **débito conjugal**. O exercício da sexualidade seria um encargo, a ponto de gerar no par o direito de exigir o seu adimplemento. Por tudo isso, é possível afirmar que o Estado acaba na cama com o casal! Arvora-se o direito de ditar comportamentos, impondo aos cônjuges uma série de encargos e deveres. Parece que, com sua onipotência, olvida que são **pactos íntimos** que ligam duas pessoas: parte subjacente das relações, baseadas em um contrato ou "trato". [8] O fato é que ninguém consegue imiscuir-se nos espaços de convívio do par,

e não são normas legais que irão mantê-los unidos. De nada adianta tentar impor condutas ou ditar o modo de viver a quem optou por oficializar o seu relacionamento afetivo. Dita ingerência, além de nitidamente descabida, é de todo desnecessária. Nas relações conjugais e parentais, há total interpenetração entre direitos e deveres. Os direitos subjetivos são exercidos e os deveres jurídicos são cumpridos através de uma mesma ação do titular do direito e do dever. [9]

Eventual ou reiterado, dissimulado ou público, o **inadimplemento** dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a **existência**, a **validade** ou a **eficácia** do casamento. O descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu **adimplemento em juízo**. Com o fim do instituto da separação, não é mais permitido sequer imputar ao infrator a **culpa** pelo fim do amor. A partir da EC 66/10, [10] a dissolução do casamento só pode decorrer do divórcio, que não admite questionamentos sobre causas e motivos (CC 1.580 § 1.º).

A quebra dos deveres vem sendo considerada violação à **boa-fé objetiva**, lesando a legítima confiança que um deposita no outro. Este é o fundamento invocado nas ações de indenização por **dano moral**, que tem abarrotado os tribunais. De qualquer modo, as regras estabelecidas para vigorarem **durante** a vida em comum têm utilidade somente para fundamentar o pedido de indenização, ou seja, são invocáveis **depois** de findo o casamento. A identificação de culpas, se algum proveito traz, é auxiliar ao que se sentiu traído a elaborar o luto da separação.

Não é a imposição de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. É a consciência dos papéis desempenhados que garante a sobrevivência do relacionamento como sede de realização pessoal. No atual estágio das relações afetivas, é a absoluta **lealdade recíproca** que deve pautar os vínculos amorosos, principalmente quando existe um projeto de comunhão de vidas com

identidade de propósitos. A **solidariedade** é a razão mesma do surgimento do vínculo da conjugalidade e o motivo de sua permanência. Em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor se o casamento nada mais fosse do que um ninho, laços e nós de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo. Como diz Michelle Perrot, o que se gostaria de conservar da família no terceiro milênio são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e de amor. Belo sonho. [11]

11.3. 1. Fidelidade

O primeiro dos deveres de um cônjuge para com o outro é o de **fidelidade recíproca** (CC 1.566 I), que, nas palavras de Clóvis Bevilaqua, representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão somente um dever moral, sendo exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade. [12] A fidelidade com certeza só se tornou lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o "impulso" da infidelidade existe. [13] Para o estabelecimento de relações familiares, é necessário impor limitações e interdições ao desejo. Daí a imposição de um **interdito proibitório** à infidelidade. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o direito funciona como uma sofisticada técnica de controle das pulsões, e a imposição da fidelidade é uma renúncia pulsional. [14]

O interesse pela mantença da família como **base da sociedade** leva o Estado a arvorar-se no direito de impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges, inclusive durante a vigência do casamento, na tentativa de amarrá-los dentro de uma estrutura pré-moldada. Ainda que imposto o dever de fidelidade a ambos os cônjuges, ele só é socialmente cobrado da mulher. A infidelidade masculina sempre foi enaltecida e até invejada pelos outros homens como demonstração de virilidade. Só a fidelidade feminina gera consequências, a **presunção de paternidade**. O filho nascido na constância do casamento presume-se filho do casal (CC 1.597). Para

dar sustentação a essa verdade ficta, garantindo a **legitimidade** da prole, acaba por ser obrigatória a fidelidade da esposa, não do marido. A preocupação, nitidamente, é de ordem patrimonial: assegurar a transmissão dos bens aos seus **legítimos sucessores**.

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil, nem na criminal. Com o fim do instituto da separação, perdeu completamente o sentido sua imposição como dever do casamento. Visando a desestimular a infidelidade, ainda é consagrada como crime a **bigamia** (CP 235), que torna imperativa a **anulação do casamento** (CC 1.548 II). Pessoas casadas são **impedidas de casar** (CC 1.521 VI). É anulável a doação feita pelo cônjuge adúltero a seu cúmplice (CC 550 e 1.642 V).

Ainda assim, na eventualidade de um ou ambos os cônjuges não cumprirem o dito "sagrado dever" de fidelidade, o casamento não se rompe. Mesmo sendo uma obrigação imposta por lei, para vigorar durante sua vigência, não há como exigir, em juízo, o cumprimento do dever de fidelidade. Ao menos não se tem notícia de algum cônjuge traído haver proposto **ação** pleiteando o cumprimento do dever de fidelidade. Tratar-se-ia de **execução** de obrigação de não fazer? E, em caso de procedência, de que forma poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extramatrimonial ao demandado? Seria o caso de imposição de *astreinte*, devendo o infiel pagar uma multa por cada traição?

Esforça-se o legislador em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, insistindo em chamá-las de **concubinato** (CC 1.727). As **famílias paralelas**, por afrontarem o dever de fidelidade, não são reconhecidas como geradoras de efeitos jurídicos. Resiste a jurisprudência em reconhecer direitos em favor do parceiro do cônjuge infiel, ainda que isso leve ao **enriquecimento ilícito** de um em detrimento do outro.

Esta postura dispõe de nítido caráter punitivo com relação à mulher e sempre acaba, é claro, privilegiando o homem.

A infidelidade autorizava o cônjuge enganado a buscar a **separação** (CC 1.573 I). Com a EC 66/10, nem mais para isso serve. Aliás, de forma reiterada, a jurisprudência já desprezava a identificação do culpado para dar por findo o casamento. Como a fidelidade não é um direito exequível, e a infidelidade não mais serve como fundamento para a dissolução do casamento, inútil sua previsão legislativa. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal.

11.3.1. 1. Infidelidade virtual

O namoro à distância, por meio de bilhetes e cartas, embalou o imaginário de gerações, inspirando filmes e novelas. No entanto, a presença de um mensageiro, a visita do carteiro, a existência material da correspondência, sempre foram fatores limitantes para quem precisava manter tais romances no anonimato. O temor da descoberta desestimulava a mantença de vínculos amorosos pela via postal.

A rede mundial de computadores fez surgir o espaço virtual que gerou a queda de todas as fronteiras e invadiu todos os lares, permitindo, com incrível agilidade, a **comunicação em momento real**. Assim, a *internet*, em pouco tempo, transformou-se no mais veloz, eficiente, prático e econômico meio para as pessoas se corresponderem. A comunicação virtual tornou-se um convite a uma nova forma de socialização. [15] Por outro lado, a possibilidade de limitar o acesso às caixas de correspondência por meio de senhas, garante segurança e privacidade, tornando a troca de mensagens, músicas, fotos etc., um meio relativamente seguro para manter contatos reservados.

Fora isso, há uma tendência de as pessoas permanecerem no interior de suas residências, até por motivo de segurança, transformando-se a tela do computador na companhia preferida de uma legião de pessoas que se sentem solitárias. A correspondência virtual se presta, como nenhum outro meio, à fuga da realidade frustrante. Abriram-se, assim, as portas para encontros, confidências e intimidades, tudo protegido pelo anonimato. No campo dos relacionamentos afetivos, o uso do computador possibilitou a utilização do véu virtual, rompendo com a necessidade antes inafastável do contato físico. [16] Mas como não há "crime" perfeito, de modo bastante frequente acabam os parceiros descobrindo que seus cônjuges, companheiros ou namorados mantêm vínculos afetivos bastante intensos, íntimos e até tórridos no interior do próprio lar. Muitas vezes, na presença desatenta do par.

O grande questionamento que passou a inquietar a todos é se o **relacionamento virtual** pode ser reconhecido como infração ao dever de fidelidade. A tendência é considerar a comunicação, mantida através da *internet*, como "infidelidade virtual", reservando-se a expressão "adultério" ao relacionamento sexual real. Essa distinção, no entanto, não encontra respaldo na doutrina tradicional, que sempre distinguiu a fidelidade no sentido físico e moral. A **fidelidade física** corresponde à manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge. Já a **infidelidade moral** afronta ao dever de lealdade de cada um dos membros do casal para com o outro, e não está munida de sanção eficiente. [17] De qualquer modo, configuraria **injúria grave**, por caracterizar desrespeito ao outro cônjuge. [18] Ao menos constitui afronta aos deveres de sinceridade, zelo pelo cônjuge e pela família. [19] Ficam, então, algumas reflexões: é justo punir aquele que não ama mais? É possível, efetivamente, achar um culpado pelo fracasso do casamento ou da união estável? Quem é mais responsável pela ruína de uma união: o parceiro que, há tempos e continuadamente, vem praticando as mais diversas "faltas", ou o outro, que cometeu o último deslize? Quem é o infrator? O que se

relacionou amorosamente pela *internet* ou aquele que despreza o outro e mantém apenas uma aparência de casamento? Não cabe nominar de descumprimento do dever de fidelidade quando não existe afronta ao dever de respeito que deve reger as relações interpessoais. Ora, não há como falar em **traição** quando alguém se relaciona com outro exclusivamente por meio de trocas virtuais. Não se pode confundir o mero **ciúme** do cônjuge, que se considera preterido pelo momento prazeroso desfrutado pelo parceiro, com infidelidade ou adultério. Descabe considerar alguém culpado por fazer uso de um espaço imaginário e se relacionar com uma pessoa "invisível". Postados diante do terminal de computador, ocorre um mergulho em uma realidade diversa, na qual não há mais separação entre o ator, a plateia e o palco: *tudo se confunde, nada/tudo existe*. [20]

De qualquer modo, ninguém está autorizado a invadir o correio eletrônico alheio, mesmo que não esteja bloqueado por meio de senha, e ainda que o computador seja de uso comum. O direito à **inviolabilidade do sigilo da correspondência**, assegurado constitucionalmente (CF 5.º XII), compreende a correspondência virtual. O acesso a *e-mails* alheios configura **invasão de privacidade**, que dispõe de resguardo como direito fundamental (CF 5.º X). Ao depois, são inadmissíveis, em juízo, provas obtidas por meios ilícitos (CF 5.º LVI). A comunicação via *internet* é um espaço de absoluta privacidade, fazendo parte da auréola da intimidade individual. Inadmissível a correspondência virtual ser trazida a juízo como prova de infidelidade, até porque se tornou irrelevante desvendar culpas e responsabilidades para solver o vínculo de casamento. Em face do conflito de interesses, há que se atentar sempre para o critério da proporcionalidade. [21] O direito do "traído" esbarra num direito maior do seu consorte, que é tutelado em sede constitucional, de não ter sua intimidade e sua vida privada expostas e reveladas, de receber um tratamento digno e humano. [22] Nada justifica sacrificar o direito à preservação da intimidade.

Quando se está frente à auréola de absoluta privacidade de alguém, e seu agir em nada atinge a dignidade do outro, não se pode falar em adultério ou infidelidade virtual. Senão, em pouco tempo, se estará querendo reconhecer como infringência ao dever de fidelidade o mero **devaneio**, a simples **fantasia** que empresta tanto sentido à vida. Não há como nominar de infidelidade - e muito menos de adultério - encontros virtuais, sob pena de se ter como reprovável o simples desejo, ou a idealização de um contato com o protagonista de um filme que se esteja assistindo. A imposição do **dever de fidelidade** simplesmente visa a impedir a concepção de **prole ilegítima**. Assim, somente na hipótese de haver o risco de os relacionamentos gerarem **contatos sexuais** é que haveria a possibilidade de se cogitar de infidelidade ou adultério. Ainda que um dos 10 mandamentos seja *não cobiçar a mulher do próximo*, no mundo virtual o outro não está próximo. Não há como reconhecer na "cobiça", ou seja, no mero desejo por outrem, adultério ou infidelidade.

Afinal, ninguém pode ser impedido de sonhar!

11.3. 2. Vida em comum no domicílio conjugal

Os outros direitos e deveres reciprocamente impostos aos cônjuges também não resistem a uma análise acerca de sua efetividade. Na expressão "vida em comum, no domicílio conjugal" (CC 1.566 II), não se pode ver a imposição do *debitum conjugale*, infeliz locução que não pode significar dever de alguém de se sujeitar a **contatos sexuais**. A origem da expressão **débito conjugal** é de natureza religiosa, já que a finalidade do matrimônio é a procriação. Aliás, a falta de contato sexual é causa inclusive para a anulação do casamento religioso. Estes preceitos não cabem ser transportados para a regulamentação do casamento pelo Estado.

Aliás, há a falsa crença de que o matrimônio "se consuma" na noite de núpcias. Ora, o casamento se constitui no ato de sua celebração, e, não, no leito nupcial. Somente pode ser desfeito se houver

infringência aos impedimentos legais (CC 1.548 ou 1.550), e em nenhuma dessas hipóteses se encontra dever de ordem sexual. O fato de a fidelidade implicar renúncia à liberdade sexual não serve sequer de justificativa. Nem por isso nasce a obrigação de exercício da sexualidade.

Essa suposta obrigação parece significar o dever de um cônjuge de ceder à vontade do par e atender ao desejo sexual do outro. Mas tal obrigação não está na lei. Basta a comunhão de vida no sentido espiritual e social; o casamento do impotente ou dos estéreis não é menos casamento que os outros. [23] A previsão da vida em comum entre os deveres do casamento não significa imposição de **vida sexual ativa** nem a obrigação de manter **relacionamento sexual**. Essa interpretação infringe o princípio constitucional de respeito à dignidade da pessoa, o direito à liberdade e à privacidade, além de afrontar o direito à **inviolabilidade do próprio corpo**. Não existe sequer a obrigação de se submeter a um beijo, afago ou carícia, quanto mais de se sujeitar a práticas sexuais pelo simples fato de estar casado. Mas, talvez, o mais absurdo seja sustentar que o descumprimento de tal "dever" dá ensejo à pretensão indenizatória, como se respeitar a própria vontade afrontasse a imagem ou comprometesse postura ética do parceiro. A abstinência sexual não assegura direito indenizatório, e a não aceitação de contato corporal não gera **dano moral**.

A eventual ou contumaz **ausência da vida sexual** não afeta a higidez do casamento. Não serve de motivo para sua **anulação**, apesar de a virgindade da mulher depois do casamento já ter servido de motivo para a sua desconstituição. O simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam o par. Afinal, não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. São muito mais a afetividade e o amor. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato

físico de natureza sexual seja reconhecida como **inadimplemento** de dever conjugal. Tal postura pode, perigosamente, chancelar a **violência doméstica**, sob a justificativa de garantir o exercício do direito ao contato sexual. Não se pode olvidar a tendência, que prevaleceu por muito tempo, de desqualificar o **estupro conjugal**, que repousava na obrigação do coito para os parceiros e era cometido essencialmente por homens, em face do reconhecimento do direito ao exercício da sexualidade. [24]

A imposição legal de vida no **domicílio conjugal** não se justifica, pois compete a ambos os cônjuges determinar onde e como vão morar. Necessário respeitar a vontade dos dois, sendo de todo descabido impor um lar comum, até porque a família pode ter **mais de um domicílio** (CC 71). Cada vez com mais frequência, casais vêm optando por viverem em residências diversas, o que não significa infringência ao dever conjugal.

Com o fim da separação e da identificação de culpados, os deveres conjugais perderam ainda mais o significado. As figuras de **abandono do lar** (CC 1.573 IV) e **conduta desonrosa** (CC 1.573 VI) não podem ser invocadas para a imposição legal do dever de coabitação.

11.3. 3. Mútua assistência, consideração e respeito

A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença, feita na cerimônia religiosa do casamento, nada mais significa do que o compromisso, imposto a ambos os cônjuges, de atenderem ao dever de mútua assistência (CC 1.566 III) e de mútuo respeito e consideração (CC 1.566 V). O casamento não transige em matéria do pão do corpo e do pão da alma. [25]

O casamento estabelece **comunhão plena de vida** (CC 1.511), adquirindo os cônjuges a condição de consortes, companheiros e

responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Nada mais do que sequelas do dever de mútua assistência. Entre os cônjuges se estabelece verdadeiro vínculo de **solidariedade**. Sempre que questões de ordem patrimonial tenham de ser solvidas, principalmente depois de rompido o elo de convivência, são invocáveis as normas das obrigações solidárias (CC 264).

A família encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os seus membros, que não podem ser considerados apenas na constância do vínculo familiar. Pelo contrário, devem ser sublimados exatamente nos momentos mais difíceis da relação. A presença desses elementos é o ponto nodal da unidade familiar. [26] O dever de assistência transborda os limites da vida em comum e se consolida na **obrigação alimentar** para além da dissolução do casamento. Aliás, outro não é o fundamento para os alimentos serem devidos depois do divórcio, que dissolve o vínculo matrimonial. Os alimentos são **irrenunciáveis** (CC 1.707) e, mesmo que tenham sido **dispensados** quando da separação, é possível buscá-los posteriormente (CC 1.704). Divergências existem sobre a possibilidade de serem reivindicados depois do divórcio. Não há vedação na lei. Assim, não há como fazer a obrigação desaparecer quando a necessidade de um é absoluta e tem o ex-cônjuge condições de prestar auxílio a quem um dia jurou auxiliar na miséria e na doença.

11.3. 4. Sustento, guarda e educação dos filhos

Não só o Código Civil (CC 1.566 IV), mas também a Constituição (CF 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 4.º) impõem à família o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. No entanto, essa obrigação é dos pais enquanto pais, não enquanto casados. Ainda que a **direção da sociedade conjugal** seja exercida por ambos os cônjuges (CC 1.567), e as eventuais divergências devam ser solvidas judicialmente, tal não gera responsabilidade solidária no sentido de que o adimplemento do dever por um dos pais libera o outro do encargo.

Exercem ambos os genitores o poder familiar durante o casamento (CC 1.631). Depois do divórcio, não se modificam os deveres dos pais em relação aos filhos (CC 1.579). Assim, mesmo depois de dissolvido o casamento, persiste o dever de sustento e de educação da prole. O ônus é de ambos os pais. O genitor que não está com a guarda fática do filho necessita contribuir para a sua manutenção na proporção de seus recursos (CC 1.703). A responsabilidade é **divisível**, pois depende dos bens e rendimentos de cada um, tanto que estão sujeitos à prática do delito de **abandono material** (CP 244). Ou seja, os deveres dos pais para com os filhos são **individuais**. Cada um deve contribuir, na proporção de sua condição econômica, para a manutenção dos filhos. Porém, a impossibilidade de um de honrar o compromisso de sustento não transfere ao outro a obrigação de pagar sozinho o sustento da prole. A transmissão do encargo não é ao outro genitor, mas aos parentes do credor (CC 1.696 e 1.698).

Deixando um dos genitores de cumprir com o encargo alimentar com relação ao filho, este pode invocar a **obrigação alimentar dos avós**. Não ocorre a transmissão da obrigação de um dos genitores ao outro, subsidiariedade que não está na lei. Essa orientação, no entanto, não é acolhida pela jurisprudência, o que acaba por sobrecarregar, exacerbada e injustificadamente, o genitor que tem o filho sob sua guarda.

Leitura complementar

FREITAS, Douglas Phillips. *A função sócio-jurídica do(a) amante.* Florianópolis: Conceito, 2008.

LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 5-17, out.-nov. 2004.

MADALENO, Rolf. O débito e o crédito conjugal. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA. Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003. p. 195-204.

1

Rolf Madaleno, O débito e o crédito conjugal, 197.

2

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 121.

3

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 151.

4

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 123.

5

Paulo Lins e Silva, O casamento como contrato de adesão..., 358.

6

Rolf Madaleno, O débito e o crédito conjugal, 196.

7

Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil, 112.

8

Melanie Falkas, O luto de uma separação, 366.

9

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 33.

10

EC 66/10 - deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF: O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

11

Michelle Perrot, O nó e o ninho, 81.

12

Clóvis Bevilaqua, Código Civil comentado, 110.

13

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 80.

14

Idem, 79.

15

Marilene Silveira Guimarães, Adultério virtual, infidelidade virtual, 442.

16

Alexandre Rosa, Amante virtual:..., 20.

17

Arnoldo Wald, Direito de família, 73.

18

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 175.

19

Adriana Caldas do Rego Maluf, Direito das famílias, 430.

20

Alexandre Rosa, Amante virtual:..., 22.

21

José Carlos Teixeira Giorgis, O direito de família e as provas ilícitas, 163.

22

Marta Vinagre Bembom, Infidelidade virtual e culpa, 32.

23

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. VII, 210.

24

Elisabeth Roudinesco, A família em desordem, 125.

25

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 163.

26

Fabíola Santos Albuquerque, Poder familiar nas famílias recompostas..., 171.

12. INVALIDADE DO CASAMENTO

SUMÁRIO: 12.1 Tentativa conceitual - 12.2 Casamento inexistente: 12.2.1 Diversidade de sexo; 12.2.2 Autoridade competente; 12.2.3 Declaração de vontade - 12.3 Casamento existente - 12.4 Casamento nulo e anulável: 12.4.1 Nulo; 12.4.2 Anulável - 12.5 Efeitos quanto aos filhos - 12.6 Casamento putativo - 12.7 Ação de nulidade e de anulação: 12.7.1 Legitimidade; 12.7.2 Ônus da prova; 12.7.3 Interesse de agir; 12.7.4 Efeitos da sentença - 12.8 Alimentos - Leitura complementar.

Referências legais: CC 10 I, 546, 1.548 a 1.564, 1.583, 1.584, 1.617; CPC 178 II, 53, I, 189 II; CP 235 a 239; L 5.478/68 (Lei de Alimentos - LA) 13; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 29 § 1.º *a*, 167 II 14; Decreto 7.107/10.

12.1. Tentativa conceitual

Sempre foi enorme a preocupação do Estado na preservação do casamento que, em um primeiro momento era indissolúvel. Mesmo com o advento do divórcio, persistiu o interesse na manutenção do casamento. Tentava-se de todas as formas, impedir sua dissolução, impondo obstáculos tanto à anulação do casamento como à separação e ao divórcio. A lei mostra-se indulgente em matéria de nulidade de casamento, atribuindo efeitos ao ato anulável e mesmo ao ato nulo. [1]

Apesar do desaparecimento da separação e do instituto da culpa, [2] não sendo mais necessário o implemento de prazos para a concessão do divórcio, os novos ares não chegaram às regras que regulam a invalidade do casamento. O Código Civil simplesmente copiou a legislação pretérita, mantendo um **sistema especial**, com normas específicas dentro de um **regime fechado** (CC 1.548 a 1.564).

Preocupado muito mais em encontrar meios de validar o casamento do que de regulamentar sua desconstituição, o legislador não se limitou a relegar o tema aos capítulos que normatizam a nulidade dos atos e negócios jurídicos. Esse é o motivo que faz a doutrina afirmar, de forma uníssona, que, fora das hipóteses elencadas na lei, não há vício que possa desconstituir o casamento. O entendimento dominante é que, se a lei deve esgotar as hipóteses de nulidade do casamento, não existe **nulidade sem texto**: não há exceção à regra. [3] Caio Mário é categórico ao afirmar que o regime das nulidades dos atos e negócios jurídicos não tem aplicação em matéria de casamento. [4] Assim, não se pode sequer invocar os vícios que regem os negócios jurídicos. É desprezado tudo que o próprio Código regula sobre capacidade civil (CC 3.º a 5.º), validade (CC 104 a 114), defeitos (CC 138 a 165) e invalidade dos negócios jurídicos (CC 166 a 184).

O legislador preocupa-se tanto com a **validade** do casamento, que só admite invalidade ou ineficácia em situações descritas textualmente. [5] Esse **tratamento diferenciado** revela que a intenção é, muito mais, garantir a higidez do casamento. Tanto é assim que dá para dizer que as regras que regem a nulidade de casamento têm, como finalidade maior, encontrar meios para ele não ser anulado.

Ainda que a lei empreste tanto prestígio à validade do matrimônio e regule minuciosamente sua anulabilidade, o tema **perdeu** muito do seu **significado**. Justificava-se a busca da sua anulação quando o casamento era indissolúvel. A única saída para alguém libertar-se de um casamento infeliz, além da viuvez, era tentar a anulação do casamento. [6] O **desquite** não o solvia, tanto que impedia novo casamento. A partir do **divórcio**, são escassas as ações que buscam desconstituir o casamento. Afinal, não só a anulação, mas também o divórcio dissolve a sociedade conjugal (CC 1.571 § 1.º). E é muito mais fácil obter o divórcio, principalmente após a EC 66/10. Inclusive pode ser levado a efeito extrajudicialmente. Demorado e

muito mais penoso é tentar anular o casamento, pois há a necessidade de provas que, às vezes, comprometem a própria dignidade das partes e ofendem a privacidade e a intimidade do próprio casal. Ainda assim, a lei dedica 17 artigos à invalidade do casamento, enquanto o divórcio dispõe de escassos dois dispositivos legais (CC 1.581 e 1.582).

De qualquer forma, há diferenças entre divórcio e desconstituição do casamento pela sua nulidade ou anulabilidade. A **anulação** do casamento tem efeito retroativo e o dissolve desde sua celebração (CC 1.563). O **divórcio** produz efeitos a contar do trânsito em julgado da sentença que o decreta. Exclusivamente o casamento **putativo** - e tão só com referência ao cônjuge de boa-fé - tem vigência igual à do divórcio: produz efeito até a data da sentença anulatória (CC 1.561), ou melhor, até o trânsito em julgado da sentença que anula o casamento. Ainda assim, de forma frequente, proposta a anulação de casamento, acaba o juiz transformando a ação e decretando o divórcio.

Há que se nominar, no mínimo, como curiosa a decisão do STJ que homologou a **anulação de casamento religioso** de sentença eclesiástica proferida pelo Vaticano, atentando ao acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (Decreto 7.107/10).

Em sede de direito matrimonial, o **princípio da aparência** é muito prestigiado, emprestando-se relevância jurídica à **posse do estado de casado**: convivência ostensiva na condição de casados. Imagina o legislador que a situação de fato exterioriza uma situação de direito. Havendo controvérsia sobre a existência do casamento, sem que haja prova de sua celebração, desfrutando o par da posse do estado de casado, **presume-se o casamento**. Trata-se de presunção que facilita a prova do matrimônio (CC 1.545), atribuindo juridicidade à mera situação de fato. Da mesma maneira que, no direito das coisas, a posse gera presunção de domínio a ponto de levar ao

usucapião, também a posse do estado de casado revela a existência de um casamento, criando uma presunção de sua existência. [7]

Este princípio acaba se refletindo quando se trata da validade do casamento. A situação de fato não serve exclusivamente como prova de casamento, mas também como **elemento saneador** de algum defeito ocorrido quando da sua celebração. Assim, não se anula o casamento quando há posse do estado de casado, que sana qualquer vício existente. [8] Se tudo isso tinha algum significado, deixou de ter a partir da constitucionalização da **união estável**. Ora, se não há prova do matrimônio, mas estão presentes os requisitos da união estável, nem há razão para se ter o casamento como putativo.

A **dúvida** sobre a celebração do casamento também leva à presunção de sua ocorrência pelo princípio *in dubio pro matrimoni*. [9] Empresta-se validade ao casamento julgando-se a favor do matrimônio (CC 1.547). Trata-se de dogma com origem no direito canônico, que tem o casamento como um sacramento indissolúvel. Isto porque houve época em que só existia o casamento religioso. Mesmo com a laicização do Estado, ou seja, o afastamento entre igreja e Estado, permaneceu a regra que se inclina pela manutenção do matrimônio.

Ambos os princípios tendem a conceder um tratamento especial ao casamento visando a sua **manutenção** e **higidez**. Tanto é assim que, antes do casamento, qualquer pessoa capaz pode opor impedimentos à sua realização (CC 1.522). Depois da sua celebração, a legitimidade para propor a ação de anulação fica limitada a quem tiver interesse na sua desconstituição.

12.2. Casamento inexistente

O Código Civil, em sua parte geral, disciplina a **nulidade** e a **anulabilidade** dos atos jurídicos. Em matéria de direito das famílias,

distingue casamento nulo e anulável. Em face do tratamento diferenciado concedido às invalidades matrimoniais, prevalece o entendimento de que é indispensável previsão legal expressa para a desconstituição do casamento. A doutrina universal por muito tempo proclamou, em caráter absoluto, não se admitirem **nulidades virtuais** em matéria de casamento, descabendo aplicação analógica. [10]

Nada diz a lei sobre ato ou negócio inexistente e nem sobre casamento inexistente. Ainda assim, a doutrina empresta relevância a essa categoria, dizendo que é no direito matrimonial onde mais resplandece a evidência de atos inexistentes. [11] Eis a justificativa: *como a lei não elenca algumas causas de nulidade do casamento (ausência de celebração, ausência de manifestação de vontade e diversidade de sexo dos nubentes), ficava o juiz desarmado, não havendo possibilidade de invalidar casamentos portadores de defeitos insanáveis por não encontrar texto expresso para fundar a ação anulatória*. [12] Assim, a afronta a tais pressupostos passou a ser considerada como **ausência de elemento essencial** à própria existência do casamento. A categoria da inexistência vem em socorro do intérprete em situações de extrema perplexidade, quando o sistema de nulidades não se amolda perfeitamente ao caso. [13] Aí está a origem do casamento inexistente.

A teoria da inexistência jurídica, que nasceu no âmbito do direito matrimonial, migrou para a teoria geral e passou a ser aplicada também nos atos e negócios jurídicos. Cabe lembrar que, quando se fala em inexistência, não se está falando em **inexistência material**, mas em inexistência jurídica. [14] É algo que existe faticamente, mas não tem relevância jurídica. Não possuindo conteúdo jurídico, não pode produzir nenhum **efeito jurídico**. A grande dificuldade, porém, é estabelecer a distinção, no plano teórico, entre o nulo e o inexistente, o que faz surgir delicados problemas de fronteira. Trava-se séria

discussão, em sede doutrinária, na tentativa de estabelecer os elementos essenciais à existência do negócio jurídico em geral. Não há consenso em identificar quais seriam esses elementos cuja falta acarretaria sua inexistência: se o objeto, a forma ou a causa - o que *deixa a impressão de trilha de um caminho falso, de modo a levar a resultados arbitrários e insatisfatórios*. [15]

Tradicionalmente, são identificados **três pressupostos** para a existência do casamento: (a) celebração perante autoridade legalmente investida de poderes para tal; (b) consentimento manifestado na forma da lei pelos noivos; e (c) diferença de sexo dos nubentes. Ainda assim a doutrina não converge sobre tal enumeração, havendo quem sustente - e não sem razão - a irrelevância jurídica da inexistência matrimonial, considerando tais hipóteses como de nulidade absoluta. A maior crítica feita à teoria da inexistência é quanto à sua inutilidade perante a categoria dos atos nulos. Para Silvio Venosa, dizer que um ato é nulo ou que não existe é, sob todos os pontos, a mesma coisa. [16]

12.2. 1. Diversidade de sexo

Nem a Constituição nem o Código Civil impõem a diversidade de sexo dos noivos como condição para a celebração do casamento. Assim, para sustentar a teoria do casamento inexistente, invoca-se como exemplo o casamento homossexual. Ora, se esse exemplo, até há algum tempo, podia servir, hoje se tornou imprestável para tal fim. A diversidade de sexo do par não é mais um elemento essencial para o casamento. Depois que o STF reconheceu as **uniões estáveis homoafetivas**, [17] casamentos têm sido celebrado no País, e às centenas, até porque o Conselho Nacional de Justiça proibiu que se negasse acesso ao casamento. [18]

Nem o casamento de **transexual** é de ser admitido como inexistente ou inválido. Mesmo sem ter havido a redesignação dos órgãos

genitais, obtida, na justiça, a alteração do nome e retificada a identidade do sexo, não há impedimento para casar. O casamento não é nulo nem inexistente. Alegando o consorte que desconhecia a condição de transexual do cônjuge, pode eventualmente ser reconhecido erro essencial de pessoa (CC 1.557 I) a justificar sua anulação e não a declaração de sua inexistência. Para Pontes de Miranda, se, durante o período que medeia entre a celebração do casamento e a propositura da ação declaratória de sua inexistência, o cônjuge se submete a operação ou tratamento que fixe o sexo oposto ao do outro figurante, o casamento existiu e existe. [19]

12.2. 2. Autoridade competente

O casamento é celebrado por quem as leis estaduais de organização judiciária atribuem competência. A denominação do **presidente do ato** (CC 1.535) difere de Estado para Estado, mas a Constituição Federal (98 II) defere competência ao **juiz de paz**. Como há a possibilidade de o casamento **religioso** produzir efeitos civis (CC 1.515), a autoridade competente será o ministro da religião dos noivos, seja ela qual for. Também a **autoridade consular** pode celebrar casamento de brasileiros no estrangeiro (CC 1.544). Em se tratando de casamento **nuncupativo** (CC 1.540), ou seja, quando se encontra um dos contraentes em iminente risco de vida, o casamento é celebrado por qualquer pessoa.

A solenidade do casamento é revestida de **formalidades** e visa a colher o **consentimento** dos noivos. Manifestada livremente a vontade de casar por ambos os nubentes, o Estado chancela o desejo de ambos de passarem à condição de casados. O ato de **celebração** representa o **elemento formal** do casamento, emprestando-lhe **efeito constitutivo**. Porém, ainda que o casamento tenha sido celebrado por autoridade incompetente, houve a livre manifestação de vontade dos noivos. Não se pode deixar de reconhecer que ocorreu o casamento, ainda que se tenha de chamá-lo de **putativo** ou de boa-fé. Passou o casal, após aparente solenidade, a ostentar a

condição de casado, a desfrutar da **posse de estado de casado**. De outro lado, também o princípio de presunção do casamento permite contornar a invalidade do ato de celebração por ilegitimidade do celebrante, não se podendo falar em inexistência do casamento.

Ainda que a doutrina insista em considerar a competência do celebrante como pressuposto à existência do casamento, o legislador considera somente **anulável** o matrimônio realizado por autoridade incompetente (CC 1.550 VI). No entanto, se o celebrante se apresentava publicamente como autoridade para esse ofício, e o ato foi registrado, o casamento subsiste (CC 1.554). As sequelas são somente na esfera criminal: realizado o casamento mediante **simulação**, quem participou dolosamente da encenação responde criminalmente (CP 238 e 239).

12.2. 3. Declaração de vontade

A hipótese de inexistência de casamento por ausência de manifestação de vontade é considerada meramente acadêmica, [20] pois se refere às hipóteses em que um dos noivos disse "não", ficou em silêncio ou outra pessoa respondeu por ele, sem que o celebrante tenha percebido.

Porém, deixando o cônjuge, no prazo de quatro anos, de buscar a desconstituição do casamento, não há como questionar a existência do ato. Descabe falar em casamento inexistente. Ora, a falta de manifestação de vontade configura, no máximo, vício de vontade, sob a forma **coação**, a permitir sua anulação (CC 1.559) e não o reconhecimento da inexistência do casamento. Para buscar a anulação existem prazos (CC 1.560), e é de todo desarrazoado que, mantendo-se inerte o cônjuge, por mais de quatro anos, venha depois singelamente alegar inexistência do casamento por ausência de manifestação de vontade.

12.3. Casamento existente

A tentativa de transformar o casamento em um ato **invisível**, como pretende boa parte da doutrina, só serve para mostrar que não existe casamento inexistente. Não há como afirmar que o casamento inexistente é um **nada jurídico**, não gerando qualquer efeito, inclusive quanto à presunção de paternidade dos filhos. [21] Mas há quem afirme até que o casamento não pode sequer ser reputado como putativo. [22] Arnaldo Rizzardo chega a afirmar que a inexistência pode ser declarada de ofício, a qualquer tempo, em qualquer ação, mesmo sem o conhecimento dos cônjuges, a requerimento de qualquer interessado, não trazendo qualquer efeito quanto à pensão alimentícia e à meação dos bens. [23]

De todo descabido sustentar não ser necessário um **processo judicial** para declarar que o enlace matrimonial não ocorreu. Como foi celebrado, ainda que de forma aparente, é indispensável ser proclamada sua inexistência por meio de uma **ação declaratória**, única forma de subtraí-lo do mundo jurídico. Ambos os cônjuges precisam ser partes da ação, como **litisconsortes necessários** para se sujeitarem aos efeitos da coisa julgada. Em face da natureza declaratória da demanda, a sentença teria efeito retroativo à data da celebração. Porém, outro não é o efeito da sentença de anulação de casamento (CC 1.563).

Quanto **à prescrição e à decadência**, também não aproveita a teoria do casamento inexistente, pois se trata de efeito que se estende ao casamento nulo. Assim, desarrazoada a alegação de que, em sede de casamento inexistente, não correm tais prazos, sob o fundamento de que aquilo que não está no mundo jurídico não pode ter começo para contar prazo da prescrição. [24] Ora, se os nubentes não buscarem a desconstituição do casamento tido por inexistente, difícil é sustentar que, quando da morte de um, o cônjuge sobrevivente não faria jus aos direitos sucessórios, quando o casamento

se manteve durante toda uma vida. Tratar-se-ia de uma *contradictio in adiectio*, ou seja, uma contradição em si mesma: se é ato, é porque existe, e, se não tem existência, não é ato, brigando entre si as palavras mesmas. [25] Não há como dizer que não existe, que não pode gerar qualquer efeito, algo que existe materialmente no plano fático. Independentemente da presença de algum vício em sua constituição, o casamento produziu enorme gama de relações jurídicas. E, se casamento não foi, que houve **união estável**, que gera efeitos.

Hoje, não há como afirmar a inexistência do **casamento homoafetivo**. Do mesmo modo, não é possível permitir que alguém, a qualquer tempo, depois de anos de coabitação e vida em comum, alegue a inexistência do casamento, e o juiz, independentemente de demanda judicial, determine o cancelamento do registro do casamento, porque o **celebrante não estava revestido de competência** para a celebração. Também ter dito "não" ou não ter dito nada, na hora da celebração do casamento, não pode permitir a busca do reconhecimento da inexistência do matrimônio, **por ausência da manifestação de vontade**. Pelo jeito, bastaria apresentar o vídeo do casamento a comprovar tal fato e nada mais precisaria ser alegado ou provado. Não haveria a necessidade de declinar nenhum fundamento para o casamento ser desfeito, desde a data da celebração, independentemente do tempo em que o casamento se manteve na mais perfeita harmonia. A incongruência de tal possibilidade resta escancarada ao se atentar que nem mesmo a coação, ou o erro, autorizam a anulação do casamento, tendo se seguido, depois das bodas, período de convívio (CC 1.559).

Assim, a teoria da inexistência do casamento é **inconveniente** e **inútil,** e pode ser vantajosamente substituída pela noção de nulidade, conforme sustenta Silvio Rodrigues. Se o casamento foi levado a **registro**, há um fato juridicamente relevante que existe em face do direito e precisa ser desconstituído por demanda judicial. [26] O **cancelamento do registro** só pode decorrer de sentença judicial. Cancelar o registro por mero despacho judicial, partindo do

entendimento de que o casamento, por ser inexistente, não precisaria sequer ser desconstituído, é instalar na vida social elemento de insegurança absolutamente funesto. [27] Ainda que se queira ter o casamento como inexistente, se houve o desejo dos cônjuges de constituir família, impositivo que se perquira a presença dos pressupostos que configuram ou a **posse do estado de casado** ou, ao menos, uma **união estável**, que também dispõe de efeitos jurídicos (CC 1.723 a 1.726).

12.4. Casamento nulo e anulável

Não há como confundir os planos da validade e da eficácia do casamento. A **validade** depende da conjugação de dois requisitos: a manifestação de vontade dos noivos de estabelecer o vínculo conjugal e a declaração do celebrante de que estão eles casados. O casamento é **válido** quando a manifestação de vontade e o ato de celebração são válidos. Por sua vez, a **eficácia** do casamento depende da implementação do requisito próprio do registro público, que é exclusivamente civil. [28]

A distinção entre casamento nulo e anulável diz respeito à natureza do vício que o macula: **vício sanável** gera nulidade relativa; **vício insanável** leva à nulidade absoluta. No entanto, em ambas as hipóteses, o casamento existe, foi celebrado e produziu efeitos jurídicos. Tanto o casamento nulo, como o anulável, para serem desconstituídos, dependem da **chancela judicial**. Não sendo proposta uma ação, ambos - tanto o casamento nulo como o anulável - continuam existindo e produzindo efeitos jurídicos.

É a natureza da norma jurídica infringida que identifica o vício que macula o casamento, a ensejar sua nulidade ou anulabilidade. Quando realizado com infração a impedimentos de **ordem pública**, "deve" ser desconstituído. Há **interesse social** na dissolução do casamento **nulo**. O casamento **anulável** decorre de afronta a norma

que protege **interesse individual**, "pode" ser desconstituído, a depender do interesse da parte, não se preocupando o Estado com a sua dissolução. Assim, a diferença diz exclusivamente com o **grau de intensidade** do vício nulificante de que o casamento é portador. A **declaração de sua nulidade** ou a **decretação de sua anulabilidade** depende da maior ou menor gravidade do impedimento violado. Vícios mais intensos, que infringem vedação a princípios ordenadores da sociedade - como a proibição do incesto e o princípio da monogamia -, são **vícios insanáveis**. O casamento há de ser anulado a qualquer tempo. Porém, desobedecer a norma legal que foi editada em benefício da própria parte constitui **vício sanável**. Não buscada a anulação dentro dos prazos concedidos pela lei, o casamento torna-se hígido, as máculas simplesmente desaparecem.

Essa distinção tem um único resultado de ordem prática e diz com a **imprescritibilidade** da ação para declarar a **nulidade absoluta** do casamento. A nulidade não se convalida, e a ação pode ser proposta a qualquer tempo. Em se tratando de casamento anulável, ainda que a lei fale em prescrição, a pretensão anulatória está sujeita a prazo **decadencial**, só podendo a ação ser proposta dentro de determinados e distintos lapsos de tempo (CC 1.560). Declarado nulo ou desconstituído o casamento anulável, a sentença tem **efeito retroativo** à data da celebração (*ex tunc*). O casamento desaparece do âmbito jurídico. Em qualquer das duas espécies - nulo ou anulável -, declarado **putativo** o casamento, sua desconstituição só ocorre a partir do **trânsito em julgado** da sentença, ou seja, produz efeito somente para o futuro (*ex nunc*). [29]

12.4. 1. Nulo

Diz a lei (CC 1.521): *não podem casar*. Quem, ainda assim, desobedece à vedação legal e casa afronta preceito de **ordem pública**, e o casamento é nulo. Realizado o matrimônio com infração a impedimento que possa ameaçar diretamente a **estrutura da sociedade**, é a própria sociedade que reage violentamente, fulminando

de nulidade o casamento. [30] Afinal, o que é nulo repugna ao ordenamento jurídico e deve ser extirpado da vida jurídica. O vício que inquina o ato nulo é por demais grave. [31]

Embora eivado de vício, o **casamento nulo existe**, bem ao contrário do que ocorre com os atos ou negócios nulos (CC 166 e 167), que, por falta de elemento essencial, não podem ter eficácia jurídica. Isso não acontece com o casamento nulo, que, mesmo sem ser putativo, acarreta efeitos. [32] Assim, mesmo nulo, e dispondo a decretação da nulidade de efeito retroativo à data da celebração (CC 1.563), o casamento produz efeitos até ser desconstituído. Com relação ao **cônjuge** que estava de **boa-fé** e à **prole**, o casamento gera efeitos até o trânsito em julgado da sentença que o anula (CC 1.561).

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência** autoriza o casamento de pessoas com deficiência mental ou intelectual. A manifestação de vontade pode ser expressa diretamente ou por meio de responsável ou curador (CC 1.550 § 2.º). A pessoa com deficiência não necessita da **autorização do curador** para casar. A ausência de capacidade não faz nulo o casamento. É somente **anulável** se o noivo for incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco, o consentimento. A ignorância de deficiência não configura **erro essencial** por **vício de vontade** (CC 1.550 IV, 1.556 e 1.557 III).

A **incapacidade civil** decorrente da **idade** não compromete a higidez da união e enseja tão só sua **anulabilidade**. Assim, o casamento de jovem com idade inferior a 16 anos não é nulo, ainda que seja ele absolutamente incapaz para todos os demais atos da vida civil (CC 3.º).

A validade do casamento está condicionada também à inexistência de **impedimentos**. Diz a lei quem não pode casar (CC 1.521). As vedações estão ligadas à interdição do **incesto** e à proibição da **bigamia**, princípios norteadores da vida em sociedade. A

desobediência a uma proibição legal torna o casamento nulo (CC 1.548 II). Pode, ou melhor, deve ser desconstituído. A infringência a esses princípios tem repercussões inclusive na esfera **criminal** (CP 235 a 237).

A proibição do **incesto** é o primeiro interdito do homem, a primeira lei de qualquer organização social e jurídica. Marca a passagem do estado da natureza para a cultura, sendo um princípio fundamental e fundante de todas as culturas do mundo ocidental. [33] Por isso, não podem casar (CC 1.521): I - os **ascendentes com os descendentes**: os parentes em linha reta (CC 1.591), independentemente de qual seja o grau de parentesco. Assim, ninguém pode casar com um dos pais e nem com um filho, neto ou bisneto. As razões são bastante óbvias, aliás, como o são as demais vedações ligadas aos vínculos de parentesco. Também não podem casar (CC 1.521): II - parentes **afins em linha reta**: sogros com genros ou noras, mesmo depois de solvido o casamento, pois o parentesco por afinidade em linha reta não se desfaz (CC 1.595). Também a **união estável** faz surgir o vínculo de afinidade que não se dissolve com o fim do relacionamento, ao menos em relação aos parentes em linha reta (CC 1.595 § 2.º). Portanto, o companheiro não pode casar nem com os ascendentes (pai ou mãe) nem com os descendentes (filhos) do outro companheiro, mesmo depois de dissolvida a união estável.

Ainda com relação aos vínculos de parentesco, proíbe a lei o casamento (CC 1.521): IV - de **irmãos**, não importando se são **unilaterais** ou **bilaterais,** ou seja, filhos do mesmo pai e da mesma mãe. Também proíbe o casamento entre **colaterais até o terceiro grau**, por exemplo, entre tios e sobrinhos, chamado de casamento **avuncular**. Apesar da explícita referência legal, inclina-se a doutrina em considerar a possibilidade do casamento mediante apresentação de laudo médico, a demonstrar a inexistência de risco genético, e mediante autorização judicial, alegando permanecer em vigor antiga legislação (DL 3.200/41). [34] Observa Paulo Lôbo que a lei posterior revoga a anterior, quando regule inteiramente a matéria de que

tratava a lei anterior (LINDB 2.º). Mas conclui: *a norma fazia sentido em uma sociedade pouco urbanizada e de controle rígido das escolhas matrimoniais pelos pais, que definiam com quem os filhos - especialmente as filhas - deviam casar, incluindo os parentes próximos*. [35]

Quanto aos **primos**, por serem parentes em quarto grau, não há impedimento para o casamento.

Ainda que não seja admitida qualquer designação discriminatória (CF 227 § 6.º), a **adoção** se sujeita a **dupla ordem de impedimentos** para o casamento. Há o impedimento decorrente do vínculo biológico (ECA 41) e o decorrente do vínculo da adoção. [36] Assim, o adotado está impedido de casar em face do parentesco consanguíneo (CC 1.521 I, II e IV) e do parentesco civil decorrente da adoção (CC 1.521 III e V).

A origem judaico-cristã do Estado brasileiro consagra a **monogamia** das estruturas familiares, o que impede (CC 1.521): VI - o casamento de pessoas casadas. A eventual anulação do primeiro casamento, no entanto, não convalida a nulidade da segunda união. Além de ser nulo o casamento, quem descumpre tal vedação comete o **crime de bigamia** (CP 235). Caso venha o casamento anterior a ser anulado, considera-se inexistente o crime. Se a **dissolução** do primeiro casamento decorre de **divórcio**, também desaparece o crime de bigamia. [37] Outra não pode ser a conclusão, pois tanto a anulação como o divórcio dissolvem a sociedade conjugal. Como o Código Penal data de 1940 (antes, portanto, da Lei do Divórcio, que é do ano de 1977), não havia como o legislador prever essa hipótese de extinção de tipicidade do delito de bigamia.

Também é penalizado criminalmente o noivo que induz o outro em erro ocultando impedimento, como, por exemplo, a existência de vínculo de parentesco entre ambos (CP 236). Igualmente comete crime quem casa sabendo da existência de impedimento (CP 237).

No entanto, mesmo comprovada a ocorrência da bigamia, tal não pode gerar o enriquecimento ilícito, tornando-se impositivo reconhecer a existência, no mínimo, de uma **união estável paralela**, a fazer incidir os efeitos patrimoniais cabíveis.

Outra hipótese, mais de natureza ética, acarreta a nulidade do casamento (CC 1.521): VII - o cônjuge sobrevivente não pode casar com quem foi condenado por **homicídio** ou tentativa de homicídio contra o consorte. Claro que o objetivo é desestimular crimes passionais: alguém que queira casar com o amor de sua vida não pode, simplesmente, matar o cônjuge do outro.

12.4. 2. Anulável

Quando o casamento é celebrado ferindo apenas o **interesse** de quem o Estado tem o dever de proteger, por considerá-lo hipossuficiente, a reação do ordenamento jurídico é mais moderada. Como não há ameaça à ordem pública, dispõem as partes da **possibilidade** de intentar ação anulatória, pois ao legislador é indiferente a sobrevivência do casamento. [38] A lei não quer o matrimônio e, se foi contraído, autoriza sua dissolução. [39] Mas o silêncio das partes permite que um ato jurídico defeituoso convalesça, o que equivale a uma ratificação tácita, ou melhor, a uma ratificação presumida. [40]

12.4.2. 1. Menoridade

Declina a lei as causas que tornam o casamento anulável. Decorrem todas de consentimento defeituoso: manifestação de vontade imperfeita ou viciada por interferência externa. [41]

É anulável (CC 1.550): I - o casamento de **menores de 16 anos**. A despeito de não deterem **idade núbil**, o casamento não é nulo. Ainda que sejam absolutamente incapazes (CC 3.º) e não poderem exercer atos da vida civil, sob pena de **nulidade absoluta** do

negócio jurídico (CC 166 I). Por isso, os menores de 16 anos também não podem casar. No entanto, se ocorre o casamento, ele não é nulo, mas somente anulável. A lei só permite o casamento a partir dos 16 anos se houver o consentimento de ambos os pais (CC 1.517). Abre a lei duas inconcebíveis exceções ao autorizar o casamento antes desta idade: para impedir a imposição ou o cumprimento de **pena criminal** ou em caso de **gravidez** (CC 1.520). Nessas hipóteses, o casamento, ainda que anulável, não será anulado (CC 1.551). O permissivo legal não pode ser mais desarrazoado. O casamento deixou de ser **excludente de criminalidade**, [42] eis que retirada do Código Penal. Assim, o estuprador, ao casar com a vítima, não mais se livra de responder pela prática de um **crime hediondo**. Nem mesmo a **gravidez** deveria justificar o casamento. Se a lei estabelece um limite de idade para o casamento, é porque reconhece a necessidade de certo grau de maturidade e desenvolvimento físico e emocional para alguém assumir nova condição de vida que traz consigo uma série de encargos, ônus e deveres. De outro lado, nos dias de hoje, a condição de "mãe solteira" deixou de comprometer a honra de uma mulher.

Igualmente é anulável (CC 1.550): II - o casamento de menores relativamente capazes, dos **16 aos 18 anos**. Ainda que tenham a idade núbil, há necessidade da **autorização** de ambos os pais ou de seus representantes legais (CC 1.517). Realizado o casamento sem o **suprimento do consentimento**, os **genitores**, pelo prazo de seis meses, a contar da data da celebração, podem buscar a sua anulação. Ainda que não mais assistam o filho - pois com o matrimônio atingiu ele a maioridade (CC 5.º parágrafo único II) -, mesmo assim a lei confere a qualquer dos pais legitimidade para buscar a anulação do casamento do filho. O **Ministério Público** dispõe de legitimidade concorrente para a ação (ECA 201 VIII).

Anulado o casamento, retorna a incapacidade do noivo menor de idade. Como o casamento desapareceu, seu efeito emancipatório também. Assim, desconstituído o casamento de quem era incapaz,

em face da menoridade, volta ele à condição de relativamente incapaz.

Celebrado o casamento sem a indispensável autorização formal de ambos os genitores ou do representante legal do nubente (CC 1.517), o ato é anulável. Porém, se quem deveria dar autorização não o faz, mas **compareceu** e participou da solenidade do matrimônio, convalida-se a ausência do consentimento (CC 1.555 § 2.º).

12.4.2. 2. Vício de vontade

É anulável o casamento realizado com vício de vontade. Porém, as possibilidades de buscar a anulação do casamento são restritas às hipóteses de **coação** ou **erro** quanto à pessoa do cônjuge. Em sede matrimonial, os chamados erros essenciais se distanciam da teoria dos defeitos e das invalidades dos atos e negócios jurídicos: dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (CC 145 a 165). Tais máculas, mesmo presentes no casamento, não dão margem à sua anulação. O prazo para propor a ação anulatória é de **três anos** a contar da data da celebração do casamento (CC 1.560 III).

O **erro essencial** quanto à pessoa do noivo configura vício de vontade a autorizar a anulação do casamento (CC 1.550 III). Prevê a lei como nulificante o erro quanto a identidade, qualidades físicas, morais e de caráter do cônjuge. São elencadas as causas que podem dar ensejo à anulação do casamento, como se a insuportabilidade da vida em comum pudesse ser tarifada pelo legislador. De qualquer forma, a existência de um rol de erros evidencia o nítido propósito de manter o casamento. As hipóteses todas dizem com atos e fatos anteriores ao casamento, ignorados pelo outro, e que, ao serem conhecidos, tornam **insuportável a vida em comum**. O elenco justifica-se por si, a dispensar maiores explicitações (CC 1.557): I - que diga respeito à **honra** ou boa fama; II - prática de

crime anterior ao casamento; [43] III - a ignorância, anterior ao casamento, de **defeito físico irremediável** que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

Para que o erro essencial seja reconhecido é necessária a presença de três requisitos: (a) que a circunstância ignorada por um dos cônjuges **preexista ao casamento** - se o crime é praticado depois do enlace, ou a doença advém depois das núpcias, inocorre vício do consentimento; (b) que a descoberta da verdade seja **subsequente** ao matrimônio; e que tal fato (c) torne **intolerável** a vida em comum.

A **impotência** *coeundi* (incapacidade de manter relações sexuais) nem a impotência *generandi* (incapacidade procriativa) [44] dão ensejo à anulação do casamento. Para quem não consegue conviver com esses "defeitos", a única solução é o divórcio, que não precisa de qualquer justificativa.

O não advento de filhos não compromete a higidez do casamento. Exigir a fertilidade permitiria que a ausência de prole ou o advento da menopausa servisse de fundamento para a anulação do casamento. Estar-se-ia, inclusive, a desconhecer a possibilidade de ocorrência do casamento *in extremis* (CC 1.539), em que o nubente está em risco de vida. Nem a alegação de homossexualidade ou de ausência de **relacionamento sexual**, após a celebração do matrimônio, pode dar ensejo à sua anulação. [45] No entanto, há uma tendência em anular o casamento sob o fundamento de que a negativa de contatos sexuais frustra a expectativa do noivo. [46] A justificativa é das mais absurdas, pois não existe o chamado "débito conjugal", a impor a prática sexual no casamento. Aliás, cabe questionar: a omissão configura mora ou inadimplemento? Não se pode sequer falar em afronta ao princípio da confiança, ligada à boa-fé

objetiva por frustrar a "justa" expectativa de quem casa. Pelo jeito, seria verdadeira afronta ao princípio da boa-fé objetiva e à proibição de comportamento contraditório, o chamado *venire contra factum proprium.* Aliás, reconhecer eventual direito ao sexo pode chancelar a violência sexual entre cônjuges.

Em matéria de casamento, quando se fala em **coação**, não é utilizado o conceito que enseja a anulabilidade dos negócios jurídicos e que tem maior campo de abrangência (CC 151): *a coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens*. Para ocorrer a anulação das núpcias, o consentimento de um ou de ambos os cônjuges deve ter sido captado mediante **fundado temor** de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares (CC 1.558). Não é reconhecida a coação a outras pessoas ou bens. Assim, a ameaça de suicídio do noivo, por exemplo, não configuraria coação a legitimar o pedido de anulação de casamento. [47]

Em nenhuma das demais circunstâncias cabe considerar os vícios de consentimento dos atos jurídicos para o reconhecimento da anulabilidade do casamento. A doutrina não admite que se apliquem ao casamento as regras atinentes à nulidade em geral, pois é necessário distinguir a lógica especial de cada instituto. [48] Assim também a ameaça de **exercício normal de um direito** e o **temor reverencial** (CC 153), que não configuram coação para o efeito de anular negócio jurídico, são posturas que caberiam ser contrabandeadas para o direito matrimonial. A alegação, no entanto, é que, quisesse o legislador importar para o direito das famílias tal vício da vontade, teria feito. Segundo essa orientação, não se pode invocar tal excludente na hipótese de ser detectada a pressão a que não conseguiu resistir o nubente que consente em casar, por exemplo, por medo do pai. Porém, é imperioso reconhecer como possível a anulação do matrimônio nessa hipótese. Sendo o casamento um acontecimento que compromete a vida, impõe deveres, gera direitos, e a

convivência se reflete na própria intimidade, não há como, por **medo**, assumir compromisso com esse grau de envolvimento. Aliás, no âmbito das relações familiares, é mais fácil identificar coação por temor reverencial. Dessa forma, se houve pressão exercida pelo pai para que a filha case com quem ele considera que lhe garantiria um futuro tranquilo, mas o desejo dela era casar com outrem, por amor, não há como deixar de admitir a anulação do ato. Não se pode dizer que se trata de defeito de menor monta, como considera a doutrina. Seria, às claras, chancelar o autoritarismo paterno. Ainda bem que fica tudo ao arbítrio do juiz, que deve ter a sensibilidade de não manter casamento cuja convivência já se revela insuportável pelo fato de as partes estarem em juízo discutindo sua anulação.

Encontrou a lei um jeito de contornar a anulação do casamento, ainda que tenha um ou ambos os noivos sido coagidos a casar: a **coabitação**, pois a vida em comum valida o casamento (CC 1.559). Trata-se de causa de exclusão do vício de vontade. Ainda que o casamento tenha ocorrido por temor, tendo sido estabelecida a convivência, não mais cabe buscar sua anulação. A lógica da regra é absurda: tendo havido coação para o casamento - coação de tal ordem que forçou até a mantença de prática sexual -, o casamento não pode mais ser anulado. De qualquer modo, é desarrazoado que a alegação de ameaça dê ensejo à anulação de casamento até quatro anos depois da sua celebração. O prazo da ação de anulação sob o fundamento da coação é **decadencial** (CC 1.560 IV). O melhor mesmo é buscar o divórcio, forma de acabar com o casamento sem qualquer exigência probatória.

Considera a lei anulável o casamento contraído por **incapaz de consentir ou manifestar inequivocamente sua vontade** (CC 1.550 IV). A doutrina traz exemplos de quem poderia ter limitações para consentir em face da sua capacidade relativa: os que não adquiriram condições de se comunicar; os **ébrios habituais**; os **viciados em tóxicos** (CC 4.º II). Com relação aos **pródigos**, sua capacidade é

relativa (CC 4.º IV) e as restrições são de ordem patrimonial (CC 1.782), o que não gera incapacidade para casar. [49]

12.4.2. 3. Revogação de procuração

Autoriza a lei casamento por procuração, mediante instrumento público com poderes especiais (CC 1.542). Como todo mandato é susceptível de ser revogado, também quem outorgou procuração para o casamento pode se arrepender. Porém, se o ato de **revogação** não chegar antes da celebração do casamento (que acaba se realizando sem que se tenha conhecimento da desistência), tal pode ensejar a anulação do casamento. No entanto, se, mesmo revogada a procuração, seguir-se a **convivência** do casal, ou seja, se passaram ambos a ostentar a **posse do estado de casados**, descabe a anulação do casamento.

Mesmo que a procuração tenha sido anulada judicialmente, diz a doutrina que o casamento que se seguir resta convalidado. Eis a justificativa: *se assim não fosse, o mandante poderia agir maliciosamente, revogando a procuração para não haver o casamento, mas desfrutando da inocência do outro, que se entrega para a plenitude da convivência conjugal.* [50] A explicação raia o absurdo. De qualquer modo, cabe reconhecer que a solenidade de casamento marca, no mínimo, o início de uma **união estável**. Também é necessário admitir que a boa-fé do outro cônjuge configura **casamento putativo**, ao menos com relação a ele. Dispõe o mandante de 180 dias para propor a anulação do casamento, fluindo o prazo da data em que tomou conhecimento de que, mesmo tendo revogado a procuração, ocorreu a celebração do casamento (CC 1.560 § 2.º). O arrependimento, porém, gera obrigação indenizatória por **perdas e danos** (CC 1.542 § 1.º).

12.4.2. 4. Incompetência do celebrante

Ainda que a doutrina traga como exemplo de casamento **inexistente** a falta de competência do celebrante, tal torna o casamento **anulável**, gerando somente a possibilidade de ser buscada sua desconstituição (CC 1.550 VI). Para isso, dispõem os cônjuges do prazo de dois anos (CC 1.560 II).

Tanto as regras de competência como os impedimentos processuais (CPC 144) não se aplicam ao juiz de paz e não comprometem a higidez do casamento que tenha sido celebrado, por exemplo, por um parente de um dos noivos.

No entanto, se o casamento foi celebrado por quem **publicamente** exercia as funções de juiz de paz e o casamento tiver sido registrado, a nulidade convalida. Quem se atribui falsamente autoridade para celebrar o casamento, induzindo os noivos em erro, responde criminalmente (CP 238). Pela aparente competência do celebrante, adquirem os cônjuges a **posse de estado de casados**, pois têm a convicção da legitimidade de quem celebrou o ato. Inegável o acerto dessa orientação, pois não se trata de vício resultante da postura dos noivos, pessoas desimpedidas, que de boa-fé manifestaram o desejo de casar. [51] De qualquer forma, ainda que invalidado o casamento, seguindo-se **vida em comum**, não se pode deixar de reconhecer que a celebração sinalizou o início de uma **união estável**.

12.5. Efeitos quanto aos filhos

Anulado o casamento dos pais, os **filhos** são **sempre preservados**. Com relação a eles, o casamento produz todos os efeitos. Independentemente de ser reconhecido o casamento como putativo (CC 1.561), ou não (CC 1.617), a filiação é "legítima". Aliás, é difícil visualizar de que modo a anulação do casamento dos genitores poderia afetar os filhos. Como o divórcio - que também dissolve o casamento - não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (CC 1.579), a sua anulação não pode prejudicar a prole.

No caso de invalidade do casamento, não havendo acordo entre os genitores, é determinada a aplicação das regras que tratam da **guarda** (CC 1.587). Desse modo, nas ações de anulação de casamento, indispensável que fique definida a guarda e o regime de convivência dos filhos, bem como sejam quantificados os alimentos. Havendo discordância, cabe ao juiz decidir, devendo sempre dar preferência à **guarda compartilhada** (CC 1.584 § 2.º).

12.6. Casamento putativo

Prestigia o legislador a **boa-fé** dos noivos e preserva os efeitos do matrimônio. É isso que se chama casamento putativo (CC 1.561): o casamento que se acredita ser verdadeiro, legal e certo, não o é. Assim, mesmo que o casamento venha a ser anulado, mantém sua **eficácia** até ser desconstituído. A boa-fé, até prova em contrário, sempre se presume, e significa ausência de culpa da causa anulatória. Os efeitos do casamento só não beneficiam o contraente de má-fé.

Com a extinção do instituto da **separação judicial**, foi abandonada a perquirição das causas da separação e, em consequência, a identificação de um culpado para a dissolução do casamento. A doutrina insiste em reconhecer que persiste a punição dos culpados quando é buscada a anulação de casamento, [52] e que a culpa permanece em seu âmbito próprio: o das hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento, a saber, a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. [53] No entanto, nada justifica manter a culpa ainda que seja para identificar o casamento como putativo. Basta a averiguação sobre a postura subjetiva de cada um.

Reconhecendo o juiz a **boa-fé** dos cônjuges ou de um deles, declara, com relação a um ou a ambos, que o casamento é putativo. Essa declaração é necessária, pois altera o marco temporal dos

efeitos da anulação. Anulado o casamento, os efeitos retroagem à data da celebração - efeito *ex tunc* (CC 1.563). No entanto, reconhecida a boa-fé, os efeitos da desconstituição do casamento só vigoram a partir da sentença - efeito *ex nunc*.

Mantida a eficácia do casamento da data da celebração até quando de sua desconstituição, indispensável identificar o exato momento em que se desencadeiam os **efeitos da anulação**. Quando diz a lei "dia da sentença", sempre surge questionamento se a referência é à sentença de primeiro grau ou à decisão de segunda instância. Como o recurso dispõe de efeito suspensivo (CPC 1.012), a sentença só é eficaz depois de definitiva, só então há coisa julgada. Logo, quando a lei fala em data da sentença, leia-se data do **trânsito em julgado** da decisão final.

O casamento putativo é uma das hipóteses em que, por expressa previsão legal, um ato jurídico produz efeitos por tempo diferenciado. Havendo boa-fé somente de um dos nubentes, com relação a ele o casamento teve duração e eficácia por um período de tempo: da data da celebração até o trânsito em julgado da sentença anulatória. Com relação ao cônjuge de má-fé, a sentença dispõe de efeito retroativo à data do casamento. Nesse caso ocorre um fenômeno no mínimo inusitado: durante um período de tempo, o cônjuge de boa-fé permaneceu casado e o outro, o que agiu de má-fé, não.

Identificada **a má-fé** de um dos noivos pela celebração viciosa do casamento, há a imposição de ônus de ordem patrimonial (CC 1.564): perde o cônjuge culpado as "vantagens" havidas do cônjuge inocente. É necessário algum esforço para imaginar os benefícios susceptíveis de serem perdidos. A doutrina traz alguns exemplos: a depender do regime de bens do casamento, não perde o cônjuge de boa-fé sua **meação**. [54] Tal hipótese só se aplica ao regime da comunhão de bens, único em que há comunicação de bens particulares. O outro exemplo, trazido por Yussef Cahali, não prospera, de que o cônjuge "inocente" pode ser **herdeiro** do outro. Se o

casamento foi desconstituído, o cônjuge não integra a ordem de vocação hereditária. [55]

No entanto, persiste o dever de **alimentos** ao cônjuge de boa-fé, que deles necessitar. Quanto ao uso do **nome**, ainda que anulado o casamento, o cônjuge que casou de boa-fé pode continuar usando o nome que adotou quando do casamento. Isso nem depende da concordância do outro. Não se cogita sequer da possibilidade de oposição do "dono" do nome, até porque está derrogado o art. 1.578 do CC.

Dissolvido o casamento, perde eficácia o **pacto antenupcial** que eventualmente tenha sido celebrado. As questões patrimoniais volvem ao *statu quo ante*. A sentença faz desaparecer retroativamente o regime de bens. [56] No entanto, o cônjuge que agiu de má-fé deve cumprir as obrigações assumidas no pacto antenupcial.

A **doação** feita por terceiros aos noivos resta **sem efeito** (CC 546). Apesar de tal dispositivo subtrair a eficácia da doação na hipótese de o casamento **não se realizar**, vindo ele a ser anulado, a consequência é a mesma. A anulação corresponde à não realização das núpcias. Já a doação feita por um dos noivos ao outro é válida, se este estava de **boa-fé**, e o casamento, com relação a ele, é declarado putativo. Independentemente do *animus* do doador, se de boa ou má-fé, a doação que fez ao noivo de boa-fé é válida. Somente se o donatário estiver de má-fé a liberalidade não tem eficácia.

Desde a consagração constitucional da **união estável** como entidade familiar, a teoria das nulidades do casamento perdeu interesse prático. Ainda que seja desconstituído o matrimônio, com efeito retroativo (lapso temporal que pode avantajar-se por longos anos), persistindo nesse ínterim a **convivência marital**, não há como deixar de reconhecer, durante esse período, a presença de

uma união estável, bastando estar atendidos os requisitos legais (CC 1.723).

12.7. Ação de nulidade e de anulação

O CPC concede um capítulo às ações litigiosas (CPC 693 a 699) e um às ações consensuais (CPC 731 a 734) de: divórcio, reconhecimento e extinção da união estável. De forma injustificável deixa de inserir as ações de desconstituição do casamento.

As nulidades absolutas dos negócios jurídicos podem ser alegadas em qualquer demanda, a qualquer tempo, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando participa do processo (CC 168). Também podem ser reconhecidas pelo juiz *ex officio* (CC 168 parágrafo único). Em sede de invalidade de casamento, não dá para invocar regras fora do direito das famílias. Assim, a desconstituição do casamento somente pode ser proclamada via ação judicial, e não pode ser decretada *ex officio* pelo juiz. [57]

Ainda que a natureza das demandas de nulidade e de anulação do casamento seja diferente, ambas as ações chegam a um mesmo resultado: solvem o casamento. A sentença da ação declaratória de nulidade de **casamento nulo** dispõe de carga eficacial **declaratória**. A nulidade preexiste, sendo reconhecida e proclamada em juízo. O casamento não chegou sequer a se constituir juridicamente por infringência a uma proibição legal. Diz a lei quem não pode casar, e não adianta desobedecer, o casamento é nulo. A nulidade é a resposta que o legislador dá a quem descumpre vedação que tutela interesse de ordem pública. O **casamento anulável** é desconstituído através de ação de anulação de casamento, cuja sentença tem eficácia **constitutiva**, ou melhor, constitutiva negativa. É a sentença que solve o casamento. Essa diferença, quanto à natureza das ações, no entanto, não se reflete nos **efeitos da sentença**. Nulo ou anulável o

casamento, dissolve-se como se não tivesse existido, dispondo a sentença de efeito *ex tunc*.

A busca de declaração da **nulidade** do casamento pode ocorrer a **qualquer tempo**. A ação é **imprescritível** e não está sujeita a **prazo decadencial ou prescricional**. [58] O casamento **anulável** só pode ser desconstituído se a demanda for proposta dentro de determinados prazos, que variam de conformidade com o vício nulificante (CC 1.560). A lei fala em **prescrição**, mas o prazo é de **decadência**.

A participação **Ministério Público** limita-se às ações de anulação do casamento (CC 1.549) ou quando existir interesse de incapaz (CPC 178 II).

Tanto a ação de nulidade como a de anulação só podem ser promovidas por quem expressamente a lei legitima (CC 1.552 e 1.549). Para a ação de anulação do casamento a **competência** é a do domicílio do guardião de filho incapaz; do último domicílio do casal, ou do domicílio do réu (CPC 53 I). Apesar da ausência de referência expressa, como é uma ação que diz com o casamento, deve tramitar em **segredo de justiça** (CPC 189 II).

A sentença que anula o casamento deve ser averbada no registro civil (CC 10 I e LRP 29 § 1.º *a*) e no registro de imóveis, se houver bens (LRP 167 II 14).

12.7. 1. Legitimidade

Tanto para a ação declaratória de casamento nulo como para a ação de anulação de casamento anulável, os **cônjuges** são os primeiros legitimados ativos. Outras pessoas, no entanto, têm *legitimatio ad causam* para propor a ação. O rol de **legitimados** depende da natureza da demanda. O **Ministério Público**, por expressa permissão legal (CC 1.549), dispõe de legitimidade para a ação declaratória de **nulidade absoluta do casamento**, pois há interesse de

ordem pública na sua desconstituição. Na condição de *pro populo*, interpreta o interesse geral, pois o Estado não tolera a inércia das partes e age para fiscalizar e estimular a incidência do ordenamento jurídico material. [59] Quando se trata de **nulidade relativa**, ainda que não decline a lei expressamente, enquanto o cônjuge for menor de idade, o Ministério Público tem legitimação para propor a ação, como *custos legis* (CPC 178 II). Quando a demanda é promovida pelo agente ministerial, não é necessário convocar outro promotor de justiça para participar da ação - desempenha ele dupla função.

Além dos cônjuges e do Ministério Público, a lei confere legitimidade a **qualquer interessado** para propor a **ação declaratória de nulidade absoluta** do casamento (CC 1.549). Não define a lei que espécie de interesse pode motivar terceiros para figurarem no polo ativo da demanda. A doutrina fala de interesse econômico ou moral. Mas interesses dessa ordem não outorgam legitimidade para alguém participar de relação processual, nem na condição de **assistente simples** (CPC 119). Para vir a juízo, é necessário **interesse jurídico**. Assim, cabe perquirir, afinal, quem pode propor a ação para que seja declarada a nulidade de um casamento que não é o seu. O primeiro exemplo que vem à mente é a hipótese de **bigamia**. Um cônjuge pode promover ação de anulação de casamento do outro que casou novamente (CC 1.521 VI). Não se pode afastar sua condição de interessado. Fora dessa, em todas as demais hipóteses em que a lei veda o casamento difícil é identificar quem teria interesse para propor a ação sem desaguar no interesse econômico.

A **legitimidade** para a **ação anulatória de casamento anulável** varia de conformidade com a natureza do vício. A ação de nulidade do casamento de **menores de 16 anos** pode ser promovida pelo próprio cônjuge, seus representantes legais, seus ascendentes e pelo Ministério Público. A anulação do casamento de **maiores de 16 e menores de 18**, que casaram sem o necessário consentimento, pode ser requerida por quem deveria ter dado a autorização: os pais

ou o representante legal. Também o cônjuge pode propor a ação. O prazo para ambas as ações é de **180 dias**.

O prazo da ação de desconstituição intentada pelo próprio cônjuge começa a fluir da data em que deixa de ser incapaz. Como a incapacidade cessa com o casamento (CC 5.º parágrafo único II), o prazo contaria a partir da data do matrimônio. Certamente não foi isso que quis dizer o legislador, mas foi o que disse. Claro que a intenção da lei é proteger quem casa ainda muito jovem e não conta com a expressa concordância dos genitores. No entanto, seria necessário que a lei estabelecesse uma ressalva ao fim da incapacidade: que a maioridade só ocorre se o casamento for hígido. Na inexistência de tal ressalva, mesmo que o casamento seja anulável, ou ao menos até que ocorra sua desconstituição, não se pode falar em menoridade.

Com o casamento **cessa a incapacidade** dos menores (CC 5.º parágrafo único II), não mais dispondo os genitores da qualidade de seus representantes. Porém, no prazo de 180 dias da data das núpcias, os pais podem buscar a anulação de casamento como ascendentes do cônjuge menor (CC 1.552). Também o cônjuge pode intentar a ação de anulação do seu casamento (CC 1.552), no prazo de 180 dias, a contar da data em que completar 16 anos (CC 1.560 § 1.º).

Ultrapassados esses prazos, convalida-se o enlace matrimonial. Assim, não se atina porque é concedida a possibilidade de o menor **confirmar** o seu casamento ao completar a idade de 16 anos (CC 1.553). Trata-se de regra insegura e plena de dubiedade. [60] Essa **confirmação** depende de ação judicial, quando basta o jovem consorte se quedar inerte pelo prazo de seis meses para o seu silêncio ter o mesmo efeito: o casamento torna-se plenamente válido.

A legitimidade do **Ministério Público** para propor ação de anulação de casamento (ECA 201 VIII) limita-se às hipóteses de

menoridade de um dos noivos (CC 1.550 I e II) e persiste até quando ele atingir 16 anos. Depois disso, falece interesse de ordem pública para a anulação. Nas ações em que outras são as causas de nulidade (CC 1.550 III a VI), não dispõe o agente ministerial de legitimidade para a demanda, pois o vício diz mais com o interesse do próprio casal.

Nas ações anulatórias promovidas pelo Ministério Público ou por terceiros, ainda que um ou os dois cônjuges não se oponham à dissolução do casamento, devem ambos figurar no polo passivo da demanda, formando-se um **litisconsórcio passivo unitário necessário**. Ambos se sujeitarão aos efeitos da sentença, pois voltarão a ser solteiros.

12.7. 2. Ônus da prova

É do autor o ônus da prova dos fatos que alega. Essa é a regra (CPC 373 I). Dispõe a **confissão** do réu de pouca valia quando se trata de ação de estado. Também a **revelia** não leva aos efeitos confessionais, não permitindo que se reputem verdadeiros os fatos alegados pelo autor (CPC 345 II). Do mesmo modo o reconhecimento do pedido pelo réu não enseja a procedência da ação e a dispensa da fase probatória. [61]

Em demanda que tenha por objeto a ocorrência de vício de vontade, ao **demandante** compete comprovar os fatos narrados na inicial: que o erro sobre a pessoa era preexistente às núpcias e que ele desconhecia tal circunstância. [62] Porém, não há como impor ao autor o ônus de provar que ignorava a circunstância nulificante, até porque é praticamente impossível a prova de fato negativo. [63] Daí a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova (CPC 373 § 1.º).

A **defesa** mais eficaz a ser oposta pelo réu é a de que o autor tinha conhecimento, antes do casamento, do fato apontado como verdadeiro "vício redibitório", ou seja, vício oculto. Afirmando a

contestação que o autor tinha ciência da causa nulificante, o ônus probatório é de quem alega, ou seja, do réu (CPC 373 II).

Pode o réu ingressar com **reconvenção** (CPC 343), buscando, por exemplo, o **divórcio**.

12.7. 3. Interesse de agir

Mesmo já estando dissolvido o casamento pela **morte** ou pelo **divórcio**, isso não exclui o interesse para a propositura da ação visando a sua anulação. [64] Morto um dos cônjuges, a ação anulatória pode ser proposta pelo sobrevivente, os herdeiros do *de cujus* ou qualquer dos legitimados.

A possibilidade de buscar a anulação de casamento depois de já se encontrar dissolvido pela morte justifica-se em face da diferença dos **efeitos da sentença**. A morte e o divórcio dissolvem o casamento a partir de sua ocorrência, ou seja, dispõe de efeitos futuros (*ex nunc*), mantendo-se eficaz no período de vigência o casamento. Já a anulação opera efeitos *ex tunc*, isto é, retroagindo à data da celebração, o casamento desaparece. Não é difícil imaginar o interesse em que seja desconstituído o casamento - basta lembrar os direitos sucessórios e os efeitos decorrentes do regime de bens.

Em caso de morte do **cônjuge incapaz**, enquanto incapaz, seus herdeiros necessários (CC 1.845) podem pedir a anulação do casamento, dentro da 180 dias, a partir da data do óbito.

12.7. 4. Efeitos da sentença

Solvido o casamento em decorrência de sua anulação, os efeitos da sentença são iguais. Não importa se a dissolução decorreu de ação declaratória de nulidade, por ser nulo o casamento, ou resultou de ação anulatória do casamento, que desconstituiu o casamento anulável. A sentença que declara a nulidade do casamento nulo, ou

que anula o casamento anulável, possui **efeito retroativo**, ou seja, *ex tunc* (CC 1.563), e o vínculo matrimonial resta dissolvido, como se nunca tivesse existido. Com o trânsito em julgado da sentença o casamento está dissolvido desde a data de sua **celebração**.

Reconhecido o casamento como **putativo**, ao apontar os efeitos da sentença, não distingue a lei a natureza do vício nulificante. Com relação ao cônjuge de boa-fé, que não contribuiu para a nulidade ou a anulação do casamento, a desconstituição só tem efeito para o futuro, *ex nunc*, a contar da data do trânsito em julgado da sentença (CC 1.561).

Um dos efeitos do casamento é provocar a **emancipação** de quem casou antes de atingir a maioridade (CC 5.º parágrafo único II). Diverge a doutrina sobre o que ocorre se o casamento for desconstituído. O que havia se emancipado volta a ser incapaz? Cristiano Chaves distingue: se o casamento era anulável, o cônjuge não retorna ao estado anterior. No entanto, se era nulo, não há emancipação. Também traz a hipótese do casamento putativo. O cônjuge de boa-fé não retornaria à incapacidade. A diferença de efeitos estaria ligada ao fato de o casamento ter ou não produzido efeito. [65] A solução não convence. A sentença que desconstitui o casamento anulável ou o declara nulo tem efeito retroativo (CC 1.563), sendo descabida a distinção estabelecida.

Não há conexão ou continência entre a ação anulatória e a de divórcio, [66] mas anulado o casamento, a ação de divórcio merece ser extinta, pois perdeu o objeto. Falta pressuposto para seu desenvolvimento eficaz (CPC 485 IV). No entanto, o decreto do **divórcio** não subtrai o objeto da ação desconstitutiva, pois são demandas que têm efeitos diversos. O divórcio tem efeito *ex nunc* e a anulação, efeito *ex tunc*. [67] Em qualquer das hipóteses, são preservados os interesses de terceiros de boa-fé que realizaram algum negócio com o casal.

Intentada a ação de nulidade absoluta ou de nulidade relativa, isso não obsta a que o juiz a converta em ação de **divórcio**. Para tal não há sequer necessidade da concordância de ambos os cônjuges. Assim, não visualizando o magistrado estar comprovada a causa nulificante do casamento, pode decretar o divórcio. Encontrando-se o casal em juízo buscando a desconstituição do casamento, às claras que a improcedência da ação não vai levar ao reatamento da vida em comum, sendo de todo descabido remeter as partes a nova demanda.

12.8. Alimentos

Enquanto não anulado o casamento, persistem todos os deveres e direitos dele decorrentes. Assim também o dever de **mútua assistência**, que se transforma em obrigação alimentar, quando cessada a vida em comum. Basta haver necessidade de um e possibilidade do outro. Enquanto vigorar o casamento - anulável ou nulo - e mesmo durante o processo de desconstituição do vínculo, independentemente de qualquer indagação em torno da boa ou má-fé de qualquer dos cônjuges, persiste o dever de assistência recíproca. [68]

É possível cumular a ação de nulidade ou de anulação com a ação de **alimentos** (LA 13). Os alimentos podem ser pedidos pelo réu na via **reconvencional**. Reconhecidas a necessidade de um e a possibilidade do outro, podem ser deferidos **alimentos provisórios**. No **casamento putativo** podem ser deferidos **alimentos definitivos** em favor do cônjuge necessitado que agiu de boa-fé. Não importa se foi reconhecida a putatividade também com relação ao alimentante - ainda assim deve ele arcar com os alimentos. A origem da obrigação alimentar não tem caráter punitivo. Mantida a eficácia do casamento durante um período, permanece hígido o dever de mútua assistência a gerar direito a alimentos.

Havendo **filhos**, indispensável que na ação desconstitutiva do casamento fique definida a guarda, o regime de convivência e os alimentos. Como existe essa obrigação na ação de dissolução do casamento, impositivo que o mesmo seja exigido na ação anulatória, pois com o desfazimento do casamento não se alteram os deveres dos pais em relação à prole. Também há questões de ordem patrimonial que precisam eventualmente ser solvidas. Adquiridos bens durante a vigência do casamento, ainda que venha ele a ser anulado, necessário que ocorra a **partilha** do patrimônio. A desconstituição do vínculo matrimonial não pode ensejar o enriquecimento injustificado de um dos cônjuges em detrimento do outro.

Leitura complementar

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. Curitiba: Juruá, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito de família. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.

1

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 142.

2

A EC 66/10 deu nova redação ao § 6.º do art. 226 da Constituição Federal.

3

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 122.

4

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 84.

5

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 117.

6

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 78.

7

Idem, 71.

8

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 118.

9

Em tradução livre: na dúvida, a favor do matrimônio.

10

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 87.

11

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 104.

12

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 81.

13

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 119.

14

Talvez melhor fosse usar a terminologia alemã, que se mostra mais expressiva: não negócio, não casamento.

15

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 21.

16

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 118.

17

STF, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011.

18

CNJ, Res. 175.

19

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. VII, 367.

20

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 221.

21

Idem, 224.

22

Antonio Cezar Lima da Fonseca, O Código Civil e o novo direito de família, 51.

23

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 107.

24

Idem, 107.

25

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 85.

26

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 83.

27

Idem, ibidem.

28

Paulo Lôbo, Famílias, 78.

29

Casamento. Nulidade. Enfermidade mental do nubente. Ausência de discernimento para atos da vida civil. Perícia. Comprovação. Anulação. Defeito insanável (CC, art. 1.548, I). Invalidação. Efeitos *ex nunc*. Cônjuge. Má-fé. Prova. Ausência. Efeitos jurídicos decorrentes do matrimônio. Eficácia até a invalidação (CC, arts. 1.561 e 1.563). (...). (TJDF, AC 20100110163057, 1.ª T. Cív., Rel. Des. Teófilo Caetano, j. 12/03/2014).

30

Paulo Lôbo, Famílias, 78.

31

Débora Gozzo, Decretação *ex officio* do casamento nulo, 44.

32

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 220.

33

Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais..., 26.

34

Pedido de habilitação para casamento entre tio e sobrinha. Impedimento legal segundo o CC/16 e o CC vigente. Aplicação do Decreto-lei 3.200/41. Interpretação de vigência do decreto, no sentido de que existe o impedimento legal, todavia desde que não haja prejuízo à prole, segundo atestado médico a ser aferido pelo Juiz. Exame pericial psiquiátrico e aconselhamento genético realizados. Sanidade mental reconhecida - Colhidos dos apelantes a informação de que na verdade são primos de primeiro grau, hipótese em que não incide o impedimento legal. Mesmo assim, foi feito o aconselhamento no sentido de haver apenas probabilidade ou risco empírico de malformação, minimizada com realização de tratamentos. Sentença não merece prosperar, à míngua do exame genético, que não consta do rol de exames do IMESC. Acesso à Justiça negado. O parecer da UNICAMP estimou em 94% a chance de prole saudável do casal - Considerando esses dados, não se vê óbice à realização do matrimônio, ressalvado que não se determinou a conversão do julgamento em diligência tendo em vista o tempo transcorrido da ação desde sua distribuição, em 12/11/2010, e considerando que as partes pretendem regularizar situação de fato. Expedição de alvará após o trânsito em julgado. Recurso provido.(TJSP, AC 0013076-79.2010.8.26.0604, 8.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Silvério da Silva, j. 12/03/2014).

35

Paulo Lôbo, Famílias, 87.

36

Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

37

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 90.

38

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 79.

39

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 91.

40

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 115.

41

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 91.

42

Os incisos VII e VIII do art. 107 foram excluídos do Código Penal pela Lei 11.106/05.

43

Ação de anulação de casamento. Erro essencial quanto a pessoa (art. 1.557, I e II, CC). A denúncia por crime de homicídio imputado ao réu não constitui erro essencial quanto à pessoa (art. 1.557, II, do CC), se não há sentença criminal condenatória com trânsito em julgado por esta conduta, tampouco prova de que a autora não sabia da condição do réu, e que tal fato teria tornado insuportável a vida em comum. Recurso provido. (TJRS, AC 70057011462, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 13/11/2013).

44

Ainda que o seja para o direito canônico.

45

Ação de anulação de casamento. Erro essencial. Não configurado. Descabimento. 1. Erro é a falsa representação da realidade que implica em manifestação de vontade viciada por parte do agente que, se melhor conhecesse a realidade fática ou não ignorasse a situação enfrentada, não teria praticado o ato jurídico como praticara. 2. Todavia, não se trata de erro essencial sobre a pessoa, apto a anular o casamento, porque a autora não trouxe aos autos prova contundente de que o demandado, realmente, seja homossexual, e muito menos de que tenha se tornado insuportável a vida em comum, pois o demandado voltou a residir com a autora. Recurso provido. (TJRS, AC 70056581952, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 23/10/2013).

46

Casamento. Anulação. Erro essencial quanto à pessoa. Reexame necessário. Restando comprovado que, logo após a cerimônia do casamento, a nubente fugiu, frustrando a sua consumação, resta configurado o erro essencial quanto à pessoa, autorizando a anulação do ato. Casamento anulado. Sentença confirmada. Reexame necessário improvido. Decisão: unanimemente, negou-se provimento ao reexame necessário, tudo nos termos do voto da Turma. (TJSE, DGOJ 45427 PE 94007142, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Adalberto de Oliveira Melo, j. 09/12/2009).

47

Cristian Fetter Mold, Casamento em virtude de coação:..., 29.

48

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 88.

49

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 89.

50

Idem, 90.

51

Idem, 93.

52

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, O novo divórcio, 31.

53

Paulo Lôbo, PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas, 7.

54

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 146.

55

Yussef Said Cahali traz um amplo levantamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema (Dos alimentos, 258).

56

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 233.

57

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 88.

58

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 234.

59

Sérgio Gilberto Porto, Sobre o Ministério Público..., 28.

60

Paulo Lins e Silva, Da nulidade e da anulação do casamento, 51.

61

Ação de anulação de casamento. Estado civil. Interesse público. Direito indisponível. Reconhecimento da procedência do pedido pelo réu. Inoperância. O estado civil, no nosso ordenamento jurídico pátrio, recebe proteção jurídica na condição de ação de estado. Assim, em razão do interesse público que envolve a matéria, o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu em ação de anulação de casamento é manifestação inoperante, não importando, necessariamente, no êxito da pretensão inicial. Pedido julgado improcedente, por insuficiência de provas. Audiência de instrução e julgamento realizada sem oitiva de testemunhas. Princípio da cooperação. Papel do juiz. Agente colaborador do processo. Dever de prevenção e auxílio. Indicação do modo de correção do defeito. A

cooperação processual, consagrada como princípio exponencial do processo civil, tem como norte propiciar que as partes e o juiz cooperem entre si, a fim de se alcançar uma prestação jurisdicional efetiva, com a justiça do caso concreto. - O princípio da cooperação entre os sujeitos processuais inclui, dentre outros, o dever de prevenção - do qual decorre a obrigação do juiz de indicar o modo como eventual defeito processual deve ser sanado - e o dever de auxílio - segundo o qual o juiz deve auxiliar a parte na eliminação de dificuldades no cumprimento de seus deveres no processo. Nessa orientação, se o réu manifestou, em audiência de instrução e julgamento, o reconhecimento da procedência do pedido, criando na parte contrária, assim, a expectativa de que a sua pretensão seria acolhida, sem a necessidade de oitiva das testemunhas que arrolara, adequado seria o magistrado alertar as partes quanto à indisponibilidade do direito debatido e à ineficácia daquela manifestação, subsistindo à parte autora o ônus da prova constitutiva do seu direito. A postura neutra do julgador não se compatibiliza com os seus deveres processuais de prevenção e auxílio. Família. Natureza da demanda. Ação de estado. Investigação da verdade real. Poderes instrutórios do juiz. Processo civil contemporâneo. Realização da justiça do caso concreto. No estágio de apuração da verdade, o juiz não é, nem pode ser, mero expectador. Na concepção mais moderna do processo, dispõe o magistrado de amplo espaço, podendo movimentar-se de forma bastante livre na busca da prova. No direito familiar, a prova merece tratamento especial, temperando-se os rigores de suas formalidades legais frente à peculiaridade do bem da vida em jogo e a presença de direitos indisponíveis (Maria Berenice Dias). (TJMG, AC 1.0024.09.704653-6/001, 1.ª C. Cív., Rel Des. Eduardo Andrade, p. 11/11/2011).

62

Anulação de casamento. Erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. Improcedência em primeiro grau. Inconformismo. Erro configurado. Alegação afastada. Imoralidade da vida pregressa da ré. Descoberta após a separação de fato. Aproximação entre os cônjuges através de emissora de rádio. Casamento efetivado prematuramente. Insuportabilidade da vida em comum gerada por desentendimentos conjugais. Erro essencial não caracterizado. Sentença mantida. provimento negado. (TJSC, AC 2011.099800-8, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Monteiro Rocha, j. 02/05/2013).

63

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 96.

64

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 235.

65

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito civil: teoria geral, 331.

66

Ação de anulação de casamento. Erro essencial. Litigância de má-fé. Inocorrente. Prefacial de nulidade da sentença. 1. Não havendo conexão e continência entre o presente feito e a ação de divórcio proposta pelo réu, descabe a desconstituição da sentença para o julgamento conjunto dos processos. (...) Recurso desprovido. (TJRS, AC 70063908693, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j.06/05/15).

67

[67] Ação de divórcio e anulação de casamento em ações apensadas. O pedido de anulação de casamento não está sem objeto diante do julgamento da ação de divórcio, considerando que seus efeitos são mais intensos e abrangentes. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (STJ, REsp 650.133/PA, 3.ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25/09/2006).

68

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 257.

13. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

SUMÁRIO: 13.1 Visão histórica - 13.2 O extinto instituto da separação: 13.2.1 Reconciliação; 13.2.2 Conversão da separação em divórcio; 13.2.3 Aspectos intertemporais - 13.3 Fim do casamento - 13.4 Separação de fato - 13.5 Separação de corpos - 13.6 Divórcio - 13.7 Divórcio por mútuo consentimento: 13.7.1 Recusa de homologação - 13.8 Divórcio judicial: 13.8.1 Legitimidade extraordinária - 13.9 Ação de divórcio: 13.9.1 Divórcio consensual; 13.9.2 Divórcio contencioso - 13.10 Divórcio extrajudicial - 13.11 Morte - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226 § 6.º; Lei 12.874/13; EC 66/10; CC 10 I, 197 I, 792, 980, 1.027, 1.562, 1.571 a 1.582, 1.643, 1.830; CPC 23 III, 53 I, 189 II, 693 a 699, 731 a 733; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 29 § 1.º *a*, 167 II 14; L 8.245/91 (Lei do Inquilinato - LI) 12; L 12.036/09; Resolução do CNJ 35/07 e 120/10.

13.1. Visão histórica

Para entender a razão dos empecilhos historicamente impostos ao fim do casamento, é necessário atentar ao conceito de família, valorada como um bem em si mesmo. Sua manutenção era uma tentativa de consolidar as relações sociais. Tanto era assim que a ideia de **família** sempre esteve ligada à de **casamento**. Vínculos extramatrimoniais eram reprovados socialmente e punidos pela lei. O rompimento da sociedade marital afigurava-se como um esfacelamento da própria família. [1]

Sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, o casamento era uma instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o casamento era **indissolúvel**. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era

o **desquite**, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o **vínculo conjugal** e a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mas não havia a opção de novo casamento,

Vínculos extramatrimoniais sempre foram tolerados, mas nunca reconhecidos. As raras referências legais se limitavam a negar-lhes quaisquer benefícios. Tais restrições, porém, não impediam que as pessoas - desquitadas ou somente separadas de fato - constituíssem novos vínculos afetivos, que, pejorativamente, eram chamados de **concubinato**.

Chamada a justiça para solver conflitos decorrentes dessas uniões, teve que reconhecer sua existência e atribuir-lhes alguns direitos. Em um primeiro momento, como simples **sociedade de fato**, a ensejar tão somente a partilha dos bens adquiridos durante o período da vida em comum e mediante a prova do aporte econômico de cada um.

Apesar da forte resistência dos segmentos mais conservadores, depois de 27 anos de incansável luta, o Senador Nelson Carneiro, mediante reforma constitucional, conseguiu acabar com a indissolubilidade do casamento (EC 9/77).

No entanto, para a aprovação da **Lei do Divórcio** (L 6.515/77), algumas concessões foram feitas. Uma delas foi a manutenção do desquite, com singela **alteração terminológica**. O **desquite** (ou seja, não "quites", alguém em débito para com a sociedade), foi denominado de **separação**, com idênticas características: pôr fim à sociedade conjugal, mas não dissolver o vínculo matrimonial.

Para a obtenção do **divórcio** , eram impostos vários entraves. Primeiro as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam **converter a separação em divórcio.** A dissolução do vínculo

conjugal era autorizada uma única vez (LD 38). [2] O **divórcio direto** era possível exclusivamente em caráter **emergencial**, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias (LD 40). Nitidamente, a intenção era admiti-lo somente para quem se encontrava separado de fato há mais de cinco anos, quando da emenda constitucional de 28 de junho de 1977. Era necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos: (a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; [3] (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; e (c) ser comprovada a causa da separação. A jurisprudência aos poucos emprestou interpretação mais elástica a esse dispositivo. E, não teve jeito, os avanços foram de tal ordem que obrigaram a Constituição de 1988 a institucionalizar o **divórcio direto**, não mais com o caráter de excepcionalidade. Houve a **redução do prazo** de separação para **dois anos** e foi afastada a necessidade de identificação de uma causa para a sua concessão (CF 226 § 6.º).

Ainda assim, sobreviveu a **separação**, instituto que guardava em suas entranhas a marca de um conservadorismo injustificável. Tratava-se quase de um limbo: a pessoa não era mais casada, mas não podia casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e quiçá necessária essa artimanha, com o passar dos anos não mais existiam razões para manter dupla via.

O primeiro passo que limitou o intervencionismo do Estado foi a possibilidade de a separação e o divórcio consensual serem feitos administrativamente por meio de **escritura pública**. Para isso, além de haver pleno consenso entre os cônjuges, indispensável que não existam filhos menores ou incapazes.

Demorou até se desmistificar a fantasia de que o divórcio iria acabar com o casamento, e que era desnecessária a prévia separação judicial e sua posterior conversão em divórcio. Foi do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família a iniciativa de

apresentar projeto de emenda constitucional que pôs fim à separação, acabando a inútil, desgastante e onerosa - tanto para o casal, como para o próprio Poder Judiciário - duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existia, uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta".

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a mantença de vínculos jurídicos quando não mais existem laços afetivos.

Agora o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu. Ao ser excluído da Constituição Federal, foram derrogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. Não era necessário sequer expressamente revogá-los, nem regulamentar a mudança levada a efeito, eis que o divórcio já se encontra disciplinado.

Desapareceu o desarrazoado período de tempo em que os separados judicialmente não eram mais casados, mas não podiam casar novamente. O casamento estava rompido, não havia deveres matrimoniais, mas não tinha acabado. Como estavam impedidas de casar, as pessoas viviam em união estável, sem ter como atender à recomendação constitucional de transformar a união estável em casamento (CF 226 § 3.º). Como bem refere Paulo Lôbo, a sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal. [4]

Com o fim da separação, toda a teoria da **culpa** esvaiu-se, e não mais é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento. Não remanesceu sequer no âmbito da **anulação do casamento** ou para a quantificação dos **alimentos**.

Claro que há quem sustente - poucos, é verdade - a permanência da separação judicial, principalmente em face das ineficazes referências constantes no Código de Processo Civil. Ora, se é direito da pessoa constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna. [5] É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem ter que inventar motivos. [6] Desse modo, o direito de buscar o **divórcio** está amparado no princípio da dignidade humana.

Vivendo a sociedade novo momento histórico, tão bem apreendido pela Constituição, sempre se questionou a legitimidade do Estado para estabelecer restrições ao desejo de alguém de romper o casamento. Além do mais, nada justificava a permanência de modalidades diversas para acabar com a vida conjugal. Nunca foi aceita a opção do legislador de manter regras próprias para a **separação judicial** (instituindo sistema fechado, rígido e com **causas** específicas, discutindo culpa, saúde mental e falência do amor) e admitir o **divórcio** submetido a um único requisito objetivo: o **tempo**. [7]

13.2. O extinto instituto da separação

Separação e divórcio são institutos que não se confundem. Embora distintos, serviam ao mesmo propósito: pôr fim ao casamento (CC 1.571 III e IV). A diferença entre ambos sempre causou alguma perplexidade. O Código Civil diz que a sociedade conjugal **termina** pela morte, pela nulidade ou anulação do casamento, pelo divórcio e pela separação, mas que somente se **dissolve** pela morte ou pelo divórcio (CC 1.571§ 1.º).

Sempre foi muito alardeada pela doutrina como indevida a intromissão do Estado na vontade das partes, estabelecendo prazos ou exigindo a identificação de "culpas" para desfazer o casamento. Evidente o desrespeito ao princípio da **liberdade e** da **autonomia da vontade**, daí reconhecidas como **inconstitucionais** as limitações que eram impostas à separação e ao divórcio, por afrontarem o princípio que consagra o respeito à **dignidade da pessoa** como bem supremo. Era absurdo forçar a manutenção do estado de casado, quando o casamento não mais existia. Afinal, ninguém pode ser obrigado a viver com quem não esteja feliz. [8] Ao depois, até para quem acredita que a Constituição dá preferência ao vínculo matrimonial (CF 226 § 3.º), obstaculizar a separação e o divórcio, mantendo à força o enlace conjugal, desatendia recomendação de transformar a união estável em casamento.

Como diz Maria Celina Bodin de Moraes, a relação de casamento é, juridicamente, uma relação simétrica e solúvel entre pessoas iguais. Se, por circunstâncias que não cabe ao direito investigar, não está ocorrendo o que se espera de uma relação conjugal, a solução é sua dissolução. Assim, a separação do casal em virtude da ruptura da vida em comum é o único remédio razoável, servindo como meio apaziguador do conflito. [9]

A EC 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, baniu o instituto da separação do sistema jurídico pátrio. A separação judicial não mais existe, restando apenas o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. [10] Afastado o instituto da separação do texto constitucional, foram derrogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. [11] Não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal. Ainda que permaneça inalterado o **Código Civil** (1.571 a 1.578), tal não significa que persiste o instituto.

A única ação dissolutória do casamento é a de divórcio, que não mais exige a indicação da **causa de pedir**. Eventuais controvérsias sobre causas, culpas ou prazos, deixam de integrar o objeto da demanda. Não subsiste a necessidade do decurso de um ano do casamento para a obtenção do divórcio (CC 1.574). O avanço foi significativo. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazo para o casamento acabar.

No entanto, como a regra constitucional fala em " **pode**", há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão. A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas.

O fato de o **Código de Processo Civil**, de modo para lá de injustificado, fazer referência à separação, não tem o condão de ressuscitar o instituto que já foi sepultado por todos os tribunais do país. A previsão afronta o **princípio da proibição de retrocesso social**, não existindo nenhum permissivo para a lei ordinária alterar o comando constitucional. A lei processual estabelece ritos para a busca de tutela de direitos pessoais. Mas, se inexiste direito a ser tutelado, previsões procedimentais não tem o condão de criar ou recriar, algum direito, se tornando regras absolutamente ineficazes.

Somente um artigo, no âmbito Direito Internacional Privado fala em **separação judicial** (CPC 23 III). Dois utilizam a expressão **separação consensual** (CPC 731 e 733). Quatro fazem alusão somente à separação (CPC 53 I, 189 II e § 2.º e 693). Há uma única referência à **separação de corpos** (CPC 189 II). Para não rotular de inconstitucionais tais dispositivos o melhor é reconhecer que todas as referências dizem com a **separação de fato**, que, ao ser decretada judicialmente, transforma-se em **separação de corpos**. Não há outra leitura possível de tais dispositivos.

A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido - e em boa hora - do sistema jurídico pátrio. Como diz Paulo Lôbo, perdida a razão histórica da separação, fundada na indissolubilidade matrimonial e de obstáculo à obtenção do divórcio direto, sua permanência vai de encontro e não ao encontro dos valores contemporâneos que se projetaram na Constituição e no ordenamento jurídico brasileiros de autonomia e liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal. [12]

O Conselho Nacional de Justiça, ao revogar o art. 53 da Resolução 35/07, [13] dispensando o prazo para possibilitar o divórcio extrajudicial, acabou chancelando a eficácia da EC 66/10.

A nova ordem constitucional trouxe, via reflexa, mais uma mudança. Como é incabível a discussão dos motivos que levaram ao fim do relacionamento, não cabe eventual o achatamento do valor dos **alimentos**, não havendo como perquirir se a situação de necessidade resultou da **culpa** de quem os pretende (CC 1.694 § 2.º). Encontram-se derrogados os arts. 1.702 e 1.704 do CC.

Com o fim do instituto da separação, também acaba a odiosa prerrogativa de o titular do **nome** buscar que o cônjuge que o adotou seja condenado a abandoná-lo. Não estão mais em vigor os arts. 1.571 § 2.º e 1.578 do CC.

Um argumento derradeiro de quem quer assegurar sobrevida à separação: a possibilidade da **reconciliação**, ou seja, havendo **arrependimento**, não haveria necessidade de ocorrer novo casamento, que obrigaria a partilha dos bens ou a adoção do regime da separação obrigatória (CC 1.523 III e 1.641 I). Mais uma vez, a resistência não convence. Havendo dúvidas ou a necessidade de um prazo de reflexão, tanto a separação de fato como a separação de corpos, preservam o interesse do casal. Qualquer uma dessas providências suspende os deveres do casamento e termina com a

comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de **escritura pública**. E, ocorrendo a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Não há sequer a necessidade de revogar a separação de corpos. O único efeito - aliás, bastante salutar - é que os bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de cada um, a não ser que o par convencione de modo diverso.

Descabido alegar que se estaria fragilizando a família e banalizando o casamento. Certamente ninguém acredita que uma pessoa vai casar simplesmente porque ficou mais fácil se separar. Ora, quem está feliz não irá se divorciar somente porque agora o procedimento é mais rápido. Ao contrário, vai acontecer o aumento do número de casamentos, o que era obstaculizado pelos entraves legais à dissolução dos vínculos anteriores.

Mas quem é separado judicialmente deve continuar se qualificando como tal, apesar de o **estado civil** que os identifica não mais existir.

13.2. 1. Reconciliação

A separação tinha como única "vantagem" a possibilidade de o casal revertê-la, caso houvesse a reconciliação. Como a separação não terminava com o vínculo matrimonial, era assegurado o direito de os cônjuges volverem ao casamento, sem a necessidade de casar novamente. Nada mais do que a consagração do que se pode chamar de "cláusula de arrependimento". Esse benefício da separação, porém, era deveras insignificante, até porque raras as reversões de que se tem notícia.

Como a lei fala em "restabelecer", cabe atentar aos seus **efeitos** - quer pessoais, quer patrimoniais - durante o período em que o casal esteve separado. Restabelecer significa "repor, restaurar, colocar no antigo estado, fazer existir novamente", isto é, voltar à condição

de casado. Porém, não há como persistir, por exemplo, a **presunção de filiação** dos filhos nascidos nesse período.

Mesmo com o fim da separação, havendo reconciliação, quem é separado judicialmente preserva o direito de, a qualquer tempo, buscar o restabelecimento da sociedade conjugal. [14] Como a lei expressamente resguarda eventuais direitos de terceiros (CC 1.577, parágrafo único, e LD 46, parágrafo único), a reconciliação não dispõe de **eficácia retroativa**. Seu efeito é *ex nunc*. Assim, os bens adquiridos por um durante o período da separação não se comunicam. Não havendo expressa manifestação dos cônjuges optando pela comunicabilidade, os bens pertencem a quem os adquiriu durante a separação. E mais. Se um tiver mantido união estável enquanto separado, há que se respeitar a meação do companheiro, em face de sua condição de terceiro.

A decisão homologatória do pedido de restabelecimento do casamento dispõe de carga de **eficácia constitutiva**. Conquanto o casamento se restaure nos mesmos termos em que foi constituído, nada impede que aproveitem os cônjuges o procedimento da reversão para pleitear **alteração do regime de bens**. Basta o atendimento aos requisitos legais (CC 1.639 § 2.º e CPC 734).

Reconciliado o par e **não levado a juízo o pedido de homologação do restabelecimento da sociedade conjugal**, o casamento não renasce. Ainda que durante o período da separação o **vínculo conjugal** tenha continuado hígido, a separação rompeu o casamento. Voltando o casal a viver juntos, constituem uma **união estável**. Tal circunstância pode ensejar a alteração do regime de bens. O **estado civi**l continua sendo o de separados.

O pedido de restabelecimento da sociedade conjugal deve ser levado a efeito nos **mesmos autos** da separação. Não há necessidade de **audiência de ratificação**, a decisão dispõe de **efeito** a partir do trânsito em julgado. Quanto aos cônjuges empresários, o ato de

reconciliação precisa ser averbado no Registro Público de Empresas Mercantis para valer contra terceiros (CC 980).

Mesmo que a separação tenha sido judicial, possível que a reconciliação ocorra na **via administrativa,** ainda que haja filhos menores ou incapazes. [15]

Caso tenham se divorciado, havendo arrependimento, eles precisam **casar novamente**, o que, além de mais prático, mais barato - já que o casamento é gratuito (CF 226 § 1.º) -, também muito mais romântico, é claro. Porém, para terem a liberdade de escolha do regime de bens, é necessário que tenham procedido à **partilha dos bens**. Caso não tenha sido levada a efeito a divisão do patrimônio do primeiro casamento, o regime matrimonial será obrigatoriamente o da **separação** (CC 1.641 I e 1.523 I).

13.2. 2. Conversão da separação em divórcio

Com o advento da EC 66/10, não mais cabe o pedido de conversão da separação em divórcio (CC 1.580 § 1.º). O procedimento desapareceu, e, com ele, a exigência temporal de um ano do trânsito em julgado, para que tal ocorresse (CC 1.580). Os separados judicialmente ou separados de corpos, por decisão judicial, podem pedir imediatamente a decretação do divórcio sem haver a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo.

Estando em andamento o procedimento de conversão da separação em divórcio, em vez da extinção de plano do processo, cabe ao juiz simplesmente decretar, de ofício, o divórcio. Não é necessário sequer intimar as partes.

13.2. 3. Aspectos intertemporais

A nova matriz constitucional elegendo o divórcio como única forma da dissolução do casamento entrou imediatamente em vigor,

sem carecer de regulamentação. [16] O divórcio está regrado no Código Civil e, agora, no Código de Processo Civil, encontrando-se revogada a Lei do Divórcio.

A novidade atingiu as ações que estavam **em andamento**. Todos os processos de separação **perderam o objeto**. Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. Ninguém duvida que a pretensão do autor, ao propor a ação de separação, era dissolver o casamento. Mas a única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial. No momento em que o instituto deixou de existir, em vez de extinguir o processo, deve o juiz decretar o divórcio, de ofício, sem que se possa falar em sentença *ultra petita*. [17] Eventualmente, cabe continuar sendo objeto de discussão as demandas cumuladas, como alimentos, guarda, partilha de bens etc. Mas o divórcio deve ser decretado de imediato (CPC 356). [18]

De um modo geral, nas ações de separação não havia inconformidade de nenhuma das partes quanto à dissolução da sociedade conjugal. Somente era utilizado dito procedimento por determinação legal, que impunha a indicação de uma causa de pedir: decurso do prazo da separação ou imputação da culpa ao réu. Como o fundamento do pedido não cabe mais ser questionado, deixa de ser necessária qualquer motivação para ser decretado o divórcio. [19]

Tendo surgido **fato extintivo** ao direito objeto da ação, precisa ser reconhecido de ofício (CPC 493). Logo, não há sequer a necessidade de a alteração ser requerida pelas partes. Deve o juiz decretar o divórcio. A discordância de uma das partes - seja do autor, seja do réu - não impede a dissolução do casamento. Na hipótese da expressa oposição de ambos os separandos à concessão do divórcio, deve o juiz reconhecer a falta de interesse processual, não resolvendo o mérito (CPC 485 VI). Não há como chancelar direito não mais previsto na lei.

Encontrando-se o processo de separação em grau de **recurso**, cabe ao relator decretar o divórcio, postura que não fere ao princípio do duplo grau de jurisdição, além de atender princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economia processual e da efetividade da prestação jurisdicional. [20]

13.3. Fim do casamento

Com o fim do instituto da separação, o art. 1.571 perdeu sentido. Não existe mais qualquer causa que "termine" a sociedade conjugal, a não ser a separação de fato e a separação de corpos. Somente pode ocorrer sua "dissolução": (a) pela morte de um dos cônjuges; (b) quando do trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento; ou (c) com o divórcio.

Há uma severa confusão na lei que urge dissipar. Nem a **anulação**, nem a **nulidade do casamento** levam ao término da sociedade conjugal (CC 1.571 II). "Terminar" significa pôr fim, acabar, concluir. A mera nulidade, enquanto não reconhecida judicialmente, não afeta a higidez do casamento, que existe e produz todos os efeitos. A ação anulatória tem eficácia **desconstitutiva**, e a sentença só gera efeitos depois do seu **trânsito em julgado**. Assim, não é a nulidade ou a anulação do casamento que levam ao seu término, mas o **trânsito em julgado** da decisão judicial que o anula.

De outro lado, tanto a declaração de nulidade do casamento, por infectado de nulidade absoluta (CC 1.548), como sua anulação, quando acometido de nulidade relativa (CC 1.550), têm **efeito *ex tunc*** , desconstituindo-o desde a celebração (CC 1.563), como se jamais tivesse existido. [21] Anulado o enlace matrimonial, deixa de existir qualquer liame entre as partes, que voltam ao estado de solteiras. Somente o **casamento putativo** tem efeito *ex nunc* com relação ao cônjuge de boa-fé (CC 1.561 e § 1.º). Produz efeitos da data do matrimônio até o trânsito em julgado da sentença que o desconstitui

(CC 1.561). Aos filhos advindos do casamento putativo, também são aproveitados todos os efeitos jurídicos decorrentes, independentemente da boa ou da má-fé dos genitores. [22]

Com o fim da separação judicial, que levou de arrasto a necessidade de aguardar-se o decurso de qualquer prazo para o decreto do divórcio a distinção entre término e dissolução da sociedade não mais existe. A simples separação de fato - que pode ocorrer inclusive residindo o casal sob o mesmo teto - põe fim a todos os deveres, direitos e efeitos do casamento, quer pessoais, quer patrimoniais. Não há a necessidade de formalização do fim da união para se ter por rompida a sociedade conjugal, que apenas não se dissolveu.

A chancela judicial à separação de fato - que passa a chamar-se separação de corpos - apesar de não dissolver o casamento, serve de prova do seu fim. Com a separação de corpos, os cônjuges mantêm o estado de casados, mas o casamento está rompido. Tanto a separação de fato como a de corpos acaba com os efeitos jurídicos do casamento, ainda que os cônjuges permaneçam no estado civil de casados. Ambas fazem cessar os deveres de coabitação e fidelidade, deixando de existir a presunção de paternidade dos filhos. Do mesmo modo, acaba a comunicabilidade patrimonial. Qualquer um pode constituir união estável.

A separação de fato - como o próprio nome diz - ocorre no mundo dos fatos. É ela que rompe o casamento, ainda que ela tenha sido determinada judicialmente. Portanto, possui efeito **desconstitutivo** do casamento, ainda que não o dissolva. A separação de corpos nada mais é do que a chancela judicial da separação de fato, portanto tem efeito meramente **declaratório**. Quer seja pedida por um do par, quer consensualmente, para delimitar o fim da união.

Quando é determinado o afastamento de um do lar comum, a data do cumprimento da medida gera a separação de fato do casal. A separação de corpos não tem o condão de alterar o marco do fim

do casamento, que não se desloca pela decisão judicial que a decreta ou homologa. Ou seja, não existe qualquer diferença entre as duas situações. Não é a chancela do juiz que estabelece eventual distinção entre os dois institutos - separação de fato e separação de corpos - se é que de institutos podem eles ser denominados.

Cabe a intervenção judicial em caso de **violência doméstica**, quando o juiz pode determinar o afastamento do agressor do lar. Para o afastamento da vítima - se este é o seu desejo - sequer há necessidade de buscar a chancela judicial, pois não se sujeita à consequência alguma. O abandono do lar deixou de existir e penalizar quem simplesmente exerceu o direito de acabar com o casamento ou a união estável.

13.4. Separação de fato

Não obstante a dissolução da sociedade conjugal ocorrer com o divórcio, é a separação de fato que, realmente, põe um ponto final no casamento. Todos os efeitos decorrentes da nova situação fática passam a fluir da ruptura da união. A separação de fato não exige que o casal esteja vivendo em residências distintas. Possível reconhecer a separação ainda que habitem sob o mesmo teto. Mas é necessária a prova da separação. [23]

Quando cessa a **convivência**, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. Neste sentido, enunciado aprovado pelo IBDFAM. [24] Não há mais deveres do casamento, sequer o de **fidelidade**, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade, que os separados de fato podem constituir **união estável** (CC 1.723 § 1º). Só não podem casar. Ou seja, há impedimento de converter a entidade familiar em casamento, conforme recomenda a Constituição Federal (226 § 3.º).

O fim da vida em comum leva à cessação do **regime de bens** - seja ele qual for -, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial. [25] Esse é o momento de verificação dos bens para efeitos de **partilha**. No regime da comunhão final dos aquestos, a norma é expressa (CC 1.683): *na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.* Essa regra merece ser invocada para qualquer dos regimes de bens.

Ocorrendo a separação de fato, cessam também os **direitos sucessórios**. Afinal, o casamento acabou. Mas o Código Civil assegura o direito à herança se o casal estava separado de fato há menos de **dois anos** e a culpa pela separação tenha sido do defunto (CC 1.830). Como o fim da separação ensejou o banimento do instituto da culpa, é de se ter tal dispositivo como derrogado. A mesma sorte merece a possibilidade de haver direito sucessório até cinco anos após a separação de fato, ao assegurar ao cônjuge, durante este período, o direito de reivindicar os bens transferidos pelo cônjuge ao "concubino" (CC 1.642 V).

Apesar do que diz a lei (CC 1.575 e 1.576), é a data da separação de fato que põe fim ao **regime de bens**. Este é o marco que finaliza, definitivamente, o estado patrimonial. A partir de então, o patrimônio adquirido por qualquer dos cônjuges não se comunica. [26] Dessa forma, após a separação de fato, embora não decretada a **separação de corpos** nem oficializado o **divórcio**, os bens adquiridos por um dos cônjuges só a ele pertence, ainda que se mantenha legalmente na condição de casado. É o que diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama: *para evitar soluções injustas, prevenindo o **enriquecimento sem causa** (CC 884), além de cumprir os valores e princípios constitucionais no que tange à ética solidária das relações intersubjetivas, urge que se considere que não se*

comunicam, e, por isso, não se sujeitam à partilha, os bens adquiridos durante a separação de fato do casal. [27]

A doutrina chama de **mancomunhão** o estado de indivisão patrimonial decorrente do regime de bens. Tal levou boa parte da jurisprudência a negar, durante algum tempo, à separação de fato a possibilidade de romper o regime de bens, o que só ocorreria com a ultimação da partilha. Esta posição ensejava prejuízos enormes. Estando o casal separado, a posse exclusiva de bem comum por um deles, sem lhe impor qualquer ônus pelo seu uso, gerava injustificável locupletamento frente ao outro.

Em sede do **direito securitário,** está previsto que, na falta de indicação do beneficiário, o pagamento do capital segurado seja feito ao "cônjuge não separado judicialmente" (CC 792). Quer pelo fim da separação judicial, quer por estar pacificado na jurisprudência que a separação de fato rompe o casamento, é de se ter por excluído do indigitado dispositivo legal a expressão "não separado judicialmente". Assim, somente o cônjuge que convivia com o instituidor pode se beneficiar do seguro. Esta é a única forma de assegurar consonância com o artigo seguinte (CC 793): *É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.* Não há como deferir o seguro a quem não mais convive com o segurado, deixando de beneficiar a pessoa que com ele mantém uma entidade familiar.

Entre os efeitos do casamento um é impedir o decurso do prazo da **prescrição** entre os cônjuges (CC 197 I). Com o fim da vida em comum pela separação de fato desaparece o efeito interruptivo da prescrição. No entanto, o STJ já decidiu que a imprescritibilidade cessa somente quando do **divórcio**. [28]

Nem a separação de fato nem o divórcio geram efeitos no **contrato de locação** firmado durante o casamento por qualquer dos

cônjuges. O contrato persiste em favor daquele que permanecer no imóvel. [29]

A separação de fato não tem o condão de dissolver o casamento, mas extingue a **união estável**. Na hipótese de ser necessário que sua decretação ocorra judicialmente, nem por isso merece receber denominação outra. A separação continuará a ser de fato. Nada justifica nominar como separação de corpos a circunstância do afastamento de um dos cônjuges ou companheiros ter sido determinada ou autorizada judicialmente. Nenhum efeito a certificação judicial, extrajudicial ou contratual, agrega à separação de fato.

13.5. Separação de corpos

Todas as ações que envolvem vínculos afetivos desfeitos carregam grande dose de ressentimentos e mágoas. Sempre a tendência é culpar o outro pelo fim do sonho do amor eterno. Assim, não é difícil imaginar o surgimento de conflitos, que possam comprometer a vida ou a integridade física dos cônjuges e também da prole, quando um deles revela a intenção de se separar. Esse é o motivo autorizador do pedido de separação de corpos (CC 1.562), mesmo antes de intentada a ação de divórcio.

Com o fim da separação judicial, a separação de corpos é a alternativa para quem deseja pôr fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, mas não quer dissolver o casamento. Muitas vezes, os cônjuges invocam até razões de ordem religiosa para não se divorciarem. Mas cabe atentar que o divórcio dissolve o casamento civil e não o religioso. Com a separação de corpos, os cônjuges se mantêm no estado de casados, mas o casamento está rompido, cessando os deveres de coabitação e fidelidade. Do mesmo modo, acaba a comunicabilidade patrimonial. Qualquer um pode constituir união estável. A chancela judicial concedida à separação de corpos serve de prova do fim do casamento, apesar de não o dissolver.

Quando a motivação é **violência doméstica**, possível buscar a aplicação de medida protetiva de afastamento do lar comum (LMP 22 II), sendo impositiva a fixação de **alimentos provisórios** a favor dos filhos dependentes do agressor (ECA 130 parágrafo único). Não é preciso maiores provas: havendo alegação de **violência doméstica**, o simples **registro de ocorrência policial** desencadeia procedimento de medida protetiva de urgência a ser enviada a juízo (LMP 12 III). Conquanto seja um documento unilateral, produzido com as informações prestadas pela vítima, justifica-se a concessão do pedido, em sede liminar, de afastamento do réu do lar comum.

Ainda que a tutela cautelar mantenha eficácia pelo prazo de 30 dias (CPC 308), a separação de corpos é reconhecida como **cautela satisfativa**, não se sujeitando ao prazo decadencial. De todo desarrazoado que, deixando o cônjuge de promover a ação de divórcio, seja revogada a medida cautelar. O resultado seria desastroso. Quem foi coactamente afastado do lar iria adquirir o direito de a ele retornar. No direito das famílias, o bom senso repele a caducidade. Se o juiz cautelarmente decretou a separação de corpos, é de evidência meridiana que a ausência de propositura da ação principal, no prazo de 30 dias, não pode acarretar, no dizer de Galeno Lacerda, a reunião de corpos que se odeiam. [30]

Nada impede que o pedido de afastamento do cônjuge do lar seja formulado na ação de divórcio, a título de **tutela antecipada** (CPC 303). Possível o deferimento do pedido em sede **liminar**, sem a ouvida do réu (*inaudita altera pars*), ou depois da audiência de mediação e conciliação (CPC 696). Desnecessária, para o deferimento do pedido de separação de corpos, a alegação - e muito menos a prova - de que esteja o cônjuge sujeito a risco. O simples esfacelamento da afetividade e a intenção de buscar o desenlace do vínculo autorizam impor o fim do convívio. Ora, se a finalidade do Estado é proteger a família, não se justifica manter sob o mesmo teto pessoas desavindas, deixando-as sujeitas aos perigos da desarmonia. [31]

Não raro quem propõe a medida cautelar de separação de corpos é o cônjuge que quer se afastar do lar comum. Ainda assim, muitas vezes, de forma absolutamente desarrazoada, é determinada a realização de **audiência de justificação**. O lapso temporal que decorre entre o pedido da tutela jurisdicional e a sua concretização pode colocar em risco a integridade física e a vida não só do cônjuge como dos filhos. De todo descabido impor a convivência quando um dos cônjuges manifesta a vontade de romper o matrimônio. Basta singelamente solicitar, ou melhor, comunicar que quer romper o casamento e afastar-se do lar. Aliás, não precisa sequer aguardar a manifestação do juízo para sair de casa.

Quando os cônjuges querem "dar um tempo", deixando de viver sob o mesmo teto, mas não querem se divorciar, de forma **consensual** podem fazer uso do procedimento de separação de corpos. O juiz expede **alvará** a quem se afastou da residência. Essa prática, ainda que não disponha de previsão legal, acabou institucionalizada e de largo uso. A medida serve para fixar os efeitos patrimoniais da **separação de fato** e afasta a **presunção de paternidade** de que desfruta o filho de homem casado (CC 1.597).

Caso pretenda o par identificar o momento em que o casamento deixou de produzir efeitos, principalmente em face de questões de ordem patrimonial, não se justifica baterem às portas do Poder Judiciário buscando a separação de corpos. Eventual pretensão certificatória esbarra na falta de interesse de agir. Claro que não se está a obstaculizar o acesso à justiça. Mas de todo descabido buscar mero efeito homologatório, que pode ser obtido extrajudicialmente, quer por meio de escritura pública, quer por simples instrumento particular de acordo, firmado pelo casal e duas testemunhas. É o que basta.

Sendo consensual o fim do convívio, os cônjuges podem lavrar, perante o tabelião, **escritura de separação de corpos**. Como é possível o divórcio consensual em sede administrativa, não se justifica impedir a separação de corpos pela mesma modalidade.

13.6. Divórcio

O divórcio dissolve o vínculo conjugal (CC 1.571 § 1.º). Com o advento da EC 66/10, este é o único modo de dissolver o casamento, quer consensualmente, quer por meio de ação litigiosa. E, se os cônjuges não tiverem pontos de discordância nem filhos nascituros ou incapazes, podem obter o divórcio sem a intervenção judicial, perante um tabelião (CPC 733).

O divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. O instituto está acanhadamente regulado no Código Civil. Enquanto a anulação do casamento está regulamentada em 17 artigos, sete parágrafos e 21 incisos, o divórcio direto não dispõe sequer de um dispositivo próprio. Está previsto em um parágrafo do artigo que regulamenta a conversão da separação em divórcio (CC 1.580 § 2.º). Fora disso, há somente a identificação dos legitimados para propor a demanda (CC 1.582) e a dispensa da partilha de bens para a sua decretação (CC 1.581).

O Código de Processo Civil dedica um capítulo às ações de família, no qual indica o rito da ação de divórcio contencioso (CPC 693 a 699) e outro ao divórcio consensual (CPC 731 a 734). Deste modo resta totalmente revogada a Lei do Divórcio.

O divórcio é uma das causas do **término da sociedade conjugal** (CC 1.571 IV), além de ter o condão de **dissolver o casamento** (CC 1.571 § 1.º). Com o divórcio, há a alteração do **estado civil** dos cônjuges, que de casados passam a divorciados. A morte de um dos ex-cônjuges não altera o estado civil do sobrevivente, que continua sendo **divorciado**, não adquirindo a condição de **viúvo**.

Em face da atenção assegurada aos **filhos** no momento da separação dos pais (CC 1.583 a 1.590), de todo dispensável, pela obviedade de seu conteúdo, proclamar a lei a inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais com relação a eles, em decorrência do divórcio ou do novo casamento (CC 1.579). A obrigação alimentar decorre

tanto dos laços de parentesco como do poder familiar, não sofrendo modificação com a mudança do estado civil do devedor. No entanto, está se consolidando corrente jurisprudencial no sentido de permitir a revisão do valor dos alimentos quando o alimentante estabelece novo vínculo afetivo, ou ocorre o nascimento de outros filhos.

O casamento provoca a **emancipação** de quem casou antes de atingir a maioridade (CC 5.º parágrafo único II). Ocorrendo a dissolução do casamento, quer pelo divórcio, quer pela morte, aquele que adquiriu a maioridade não retorna ao *status quo ante.* A emancipação é irrevogável e definitiva. [32]

13.7. Divórcio por mútuo consentimento

O término da sociedade conjugal pode ocorrer por mútuo consentimento ou por meio de demanda judicial. A homologação do divórcio consensual deve ser requerida por petição firmada por **ambos os cônjuges**, na qual deve constar (CPC 731): I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges (CC 1.694); III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas (CC 1.583, 1.584 e 1.589); e IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos (CC 1.696). Ou seja, além da demanda de divórcio, é indispensável o acertamento de questões outras, o que leva a uma **cumulação de ações**.

A ação precisa ser instruída com a certidão de casamento, a certidão de nascimento dos filhos e o pacto antenupcial, se existente. Também devem ser juntados os documentos referentes ao patrimônio comum.

Apesar de os alimentos serem **irrenunciáveis** (CC 1.707), a obrigação alimentar entre os cônjuges pode ser **dispensada** quando do divórcio, mas não haverá possibilidade de ser buscada

posteriormente. É enorme a resistência em conceder alimentos a um dos cônjuges em momento posterior ao divórcio.

Também é necessária a deliberação a respeito do **nome**, se um dos cônjuges havia adotado o sobrenome do outro quando do casamento. No silêncio, presume-se que o nome permanece inalterado. Mas a qualquer momento, mesmo depois do divórcio, sempre é possível buscar o retorno ao nome de solteiro, por meio de um singelo procedimento administrativo perante o registro civil.

A depender do **regime de bens**, é impositivo o arrolamento do patrimônio a partilhar. Essa providência só é dispensável no regime da separação total de bens. Não havendo acordo sobre a **partilha**, a divisão pode ser levada a efeito depois do divórcio (CC 1.581 e CPC 731 parágrafo único). A prática se revela viciosa, por perpetuar a presença das partes em juízo, multiplicando as ações. Depois da sentença, segue-se a liquidação para identificar os bens e dar início à ação de partilha. Melhor é tudo ser solvido na mesma ação.

Existindo filhos incapazes, é indispensável a participação do **Ministério Público** (CPC 178 II e 698), mas não é necessária a realização de **audiência de ratificação**.

Decretado o divórcio, após o trânsito em julgado da sentença, é extraído **mandado** ao Cartório do Registro Civil para averbação nos assentos de casamento e de nascimento de ambos os cônjuges (CC 10 I e LRP 29 § 1.º *a*). Fazendo as partes jus ao benefício da **assistência judiciária**, a isenção de pagamento das custas estende-se também aos atos extrajudiciais de averbação da dissolução do casamento. Após, são extraídos **formais de partilha** para fim de averbação no registro de imóveis (LRP 167 II 14).

Mesmo depois do divórcio, nada obsta a busca de **alteração** de algumas das cláusulas do acordo, como alimentos, regime de convivência com os filhos etc. Em face da prioridade à **guarda compartilhada**, pode o genitor, por exemplo, pleitear que seja alterado o

que havia ficado definido, quer consensualmente, quer por decisão judicial (CC 1.583 e 1.584).

No que diz com a **partilha de bens**, se homologada, não cabem alterações posteriores, a não ser que exista alguma causa que comprometa a sua higidez. Por exemplo, a comprovação da ocorrência de vício de vontade ou a desproporção enorme, por desconhecer um dos cônjuges a dimensão do patrimônio conjugal, permite a anulação da partilha. Descobertos outros bens, em lugar de se desconstituir a partilha, procede-se à **sobrepartilha**.

Esses pedidos devem ser formulados em ação autônoma, embora não haja impedimento de que sejam veiculados nos mesmos autos. Não se pode olvidar o caráter instrumental do processo.

13.7.1. Recusa de homologação

Um dos mais instigantes interditos ao fim do casamento sempre foi a possibilidade de o juiz recusar a homologação da separação consensual se apurasse que a convenção não preservava suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (CC 1.574 parágrafo único e LD 34, § 2.º). Em face da referência legal à separação, a tendência sempre foi admitir a possibilidade de tal ocorrer também no divórcio.

Dito poder discricionário conferido ao magistrado chama-se **cláusula de dureza**, por ir contra a vontade das partes que vêm a juízo para desvencilhar-se do casamento. A regra é de escancarada **inconstitucionalidade**, já que afronta o princípio da **liberdade** e da **autonomia da vontade ,** que impera no contexto das relações familiares. O direito assegurado ao casal de dissolver o casamento não pode ser obstaculizado pela justiça.

Não dá para imaginar que motivo seria invocável *ex officio* para o juiz negar a o divórcio e impor a manutenção do vínculo matrimonial. Difícil identificar quais interesses mereceriam ser tutelados a ponto

de casamentos desfeitos não terem seu término chancelado pelo Estado. A preservação dos **filhos** não serve de motivação. A separação dos pais não rompe a unidade familiar, que se perpetua independentemente da relação dos genitores. [33] O poder familiar permanece intacto, sendo exercido por ambos. Conquanto seja assegurado aos filhos o direito de opinião (ECA 16 II), bem como de participar da vida familiar (ECA 16 V), tal não lhes confere a possibilidade de se oporem à separação dos pais. Até porque é assegurado o direito de convívio em face da adoção da convivência compartilhada. Inadmissível, portanto, alegar o desatendimento de interesses dos filhos como causa impeditiva à concretização do desejo dos pais. Não se atina que vantagens poderiam advir à prole viverem em um lar onde os laços de afeto não mais existem e a permanência do casamento é imposta judicialmente. Somente cláusulas a respeito do direito de convivência que não atendam aos interesses dos filhos é que podem sofrer a intervenção judicial. Determinada a realização de estudo social ou laudo psicológico, cabe ao juiz definir o regime da convivência, o que não obstaculiza o divórcio dos pais.

Para evitar prejuízo enorme de ordem **patrimonial**, igualmente, não se justifica a recusa à homologação do divórcio. A solução é não homologar a partilha, quando não preservados os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Da mesma forma, se um dos cônjuges abre mão de todo o patrimônio adquirido durante o período de convívio e resta sem meios de prover o próprio sustento, trata-se de **doação nula** (CC 549), não podendo ser chancelada pelo juiz. No entanto, tal não impede a dissolução do casamento.

Também se houve dispensa de **alimentos**, ou o valor fixado não se mostra razoável para garantir a subsistência do cônjuge ou dos filhos, o jeito é deixar de homologar o acordo sobre o encargo alimentar. Mas é impositivo chancelar a vontade das partes com relação ao fim do casamento, podendo seguir a ação para atender interesses que o magistrado entendeu como não preservados (CPC 356).

Com o advento da possibilidade de o divórcio ocorrer por meio de **escritura pública** (CPC 733), não há mais como falar em cláusula de dureza. No entanto, Resolução do CNJ [34] assegura ao tabelião o direito de, fundamentadamente, negar-se a lavrar a escritura caso visualize insegurança ou indícios de prejuízo quanto a um dos cônjuges.

13.8. Divórcio judicial

Até ser admitido o uso da via extrajudicial, a dissolução do casamento dependia da chancela do Poder Judiciário. Era a sentença **judicial** que punha fim ao casamento. A ação de divórcio tem **eficácia desconstitutiva**, ou melhor, **constitutiva negativa**. Com o **trânsito em julgado** da sentença, os cônjuges adquirem a condição de divorciados.

O uso da expressão "judicial" dizia somente com a ação contenciosa. Quando mútua a vontade das partes, e o pedido era formulado de forma conjunta, chamava-se o divórcio de "amigável", "consensual" ou "por mútuo consentimento". Ainda assim, a pretensão necessitava ser homologada pelo juiz após a ouvida dos cônjuges. Portanto, quando se falava em "divórcio judicial", se estava fazendo referência à ação proposta por um cônjuge contra o outro. Anuindo o réu ao pedido, ocorria a "conversão do divórcio litigioso em consensual", o que não subtraía a demanda do âmbito judicial. Mesmo amigável, era necessária sua homologação.

13.8.1. Legitimidade extraordinária

A ação que busca a dissolução do casamento é **personalíssima**, sendo exigida a presença dos cônjuges no processo. Ninguém mais do que eles tem capacidade para compreender o ato da separação. [35] As partes precisam ser **capazes**. A partir do implemento da maioridade, a **capacidade** é presumida (CC 5.º). O casamento

emancipa o cônjuge menor de idade (CC 5.º parágrafo único II), não se podendo mais falar em representatividade dos ascendentes.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (L 13.146/15) resgatou a cidadania de quem não tem plena capacidade de autogerir sua pessoa e bens. A incapacidade de alguém necessita ser reconhecida judicialmente por meio do processo de **curatela**. Nomeado **curador**, a ele cabe a representação do curatelado para todos os atos da vida civil (CPC 71). No entanto, para propor ação referente a vínculo de casamento, ou para defender cônjuge sem plena capacidade, é concedida legitimidade representativa não só ao **curador**, mas também aos **ascendentes** e aos **irmãos** (CC 1.576 parágrafo único e 1.582 parágrafo único). Em face da expressa referência legal, dispensável a prévia decretação da **curatela** para o parente representar o cônjuge incapaz.

A razão de o legislador legitimar, para as ações matrimoniais, outras pessoas para representar quem não goza da plena capacidade, justifica-se porque os **cônjuges** têm preferência no exercício da curatela (CC 1.775). Assim, se um é curador do outro, inquestionável o conflito de interesses em demanda referente ao casamento. Logo, para chancelar o fim do enlace conjugal, faz-se necessário assegurar a outrem **legitimação extraordinária** para vir a juízo em nome do incapaz.

Ninguém duvida que o curador nomeado de forma regular possa representar o interditado. Mas se o curador for o cônjuge, este não pode assisti-lo na ação. Assim, impositivo reconhecer aos parentes a condição de **substitutos processuais** com legitimidade para a ação, embora não sejam eles curadores constituídos. O **Ministério Público**, igualmente, tem possibilidade de desempenhar tal múnus. Ainda que não tenha sido lembrado pelo legislador civil, sua legitimidade é assegurada na lei processual (CPC 178 I e II) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Caso um cônjuge seja o curador do outro é desnecessário o pedido de sua **substituição** para que os parentes possam vir a juízo. A legitimidade é legal e não cabe a nomeação de novo curador. Basta a prova da limitação de ordem psíquica para justificar a presença de terceiro em juízo representando o incapaz. Dispensável os legitimados extraordinários requererem a **curatela provisória**.

Questiona-se se essa legitimidade excepcional é deferida somente para as ações litigiosas, ou se é possível que haja a representação do cônjuge incapaz na **ação consensual de dissolução do casamento**. O tema divide a doutrina. Como inexiste qualquer restrição legal, não cabe interpretação restritiva. [36] Despropositado impedir a dissolução consensual do casamento para impor o uso da demanda litigiosa. Injustificável condenar alguém a ficar casado por ser incapaz. A própria lei facultava tal possibilidade (CC 1.572 § 2.º), ainda que penalizasse a postura do cônjuge que intentava a ação de separação (CC 1.572 § 3.º).

De qualquer modo, sendo um dos cônjuges incapaz, o divórcio não pode ser buscado pela via **extrajudicial**, e o juiz não pode dispensar a audiência.

13.9. Ação de divórcio

Como o pedido de divórcio não admite oposição, não mais cabe falar em divórcio litigioso. No entanto, por imposição legal, ao intentar a ação, o autor acaba formulando um feixe de pedidos, o que enseja uma **cumulação de demandas**. Além de propor o divórcio, o autor cumula a pretensão alimentar, fixação do direito de convivência quando existe nascituro ou filhos incapazes, partilha de bens, separação de corpos etc. [37] Além da divergência de ritos, nem sempre em todas estas pretensões existe **identidade de partes**. Basta atentar ao pedido de alimentos a favor dos filhos. Eles não são partes do processo de divórcio, mas vêm a juízo - ou com o autor ou com o

réu - buscando direito seu. Alargam-se os polos da ação de divórcio. Esta cumulação é **indispensável** quando se trata de filhos incapazes, a não ser quando as questões a eles relativas já tiverem sido objeto de apreciação judicial.

A ação de divórcio não dispõe de **causa de pedir**. Não é necessário o autor declinar o **fundamento do pedido**. Não há defesa cabível. Culpas, responsabilidades, eventuais descumprimentos dos deveres do casamento não integram a demanda, não cabem ser alegados, discutidos e muito menos reconhecidos na sentença. Daí a salutar prática que vem sendo adotada: a decretação do divórcio a título de **tutela antecipada**, ainda que não tenha o autor pedido sua concessão liminar. Ao despachar a inicial, o juiz decreta o divórcio e determina a expedição do **mandado de averbação** após a citação do réu e o decurso do prazo de recurso. [38] Tal não ofende o princípio do contraditório até por ser admitida sentença parcial antecipada (CPC 356).

Trata-se de **direito potestativo**. No dizer de Cristiano Chaves, de **direito potestativo extintivo**, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade como corolário da afirmação de sua dignidade. [39]

A **sentença** que decreta o divórcio, como todas as proferidas em ações que dispõem de eficácia **desconstitutiva**, produz efeitos a partir do **trânsito em julgado**. [40] Não tem efeito retroativo. O efeito dissolutório do decreto do divórcio não alcança o período em que as partes estavam somente separadas, quer de fato, quer de corpos, ou judicialmente. A sentença precisa ser averbada no **registro civil** (CC 10 I e LRP 29 § 1.º *a*). Se houver imóveis, também no **registro**

imobiliário (LRP 167 II 14). Se algum dos cônjuges for empresário, para valer contra terceiros, a sentença precisa ser averbada junto ao Registro Público de Empresas Mercantis (CC 980).

De forma desarrazoada a lei tenta emprestar efeito ao divórcio somente a partir da averbação no registro civil das pessoas naturais (LRP 29 § 1.º *a*), olvidando-se de que o registro tem efeito meramente publicitário.

Ocorrendo o **falecimento** de uma das partes, mesmo após a sentença, mas antes do trânsito em julgado, extingue-se o processo e o sobrevivente torna-se viúvo. Trata-se de ação personalíssima e, portanto, intransmissível (CPC 485 IX).

13.9.1. Divórcio consensual

Quando de comum acordo os cônjuges decidem dissolver o casamento, havendo nascituro ou filhos incapazes, o divórcio precisa ser buscado por meio de ação judicial (CPC 731). Não é possível o uso da via **extrajudicial** (CPC 733).

Mas o procedimento extrajudicial é **facultativo**, podendo as partes optar pela via judicial mesmo que não tenham filhos incapazes. O juiz não pode se recusar a homologar o pedido feito em sede judicial, quer porque a lei fala em "poderão" ser realizados por escritura pública, quer porque existe a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF 5.º XXXV). Esta é a posição dominante. Porém, como há consenso entre as partes, não é possível falar em "lesão ou ameaça a direito" para ser garantido o uso da via judicial. Caberia reconhecer falta de **interesse de agir** a quem pretende a dissolução amigável do casamento pela via judicial, pois todos os efeitos pretendidos podem ser obtidos extrajudicialmente. Assim, deveria ser possível o indeferimento da petição inicial por o autor carecer de interesse processual (CPC 330 III), com a consequente extinção do processo (CPC 485 VI). Afinal, esta na hora de desafogar o judiciário.

Para a homologação do divórcio consensual é indispensável que a petição seja **assinada** por ambos os cônjuges, da qual deve constar (CPC 731): I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Se não houver acordo sobre a partilha de bens, esta poderá ocorrer depois de homologado o divórcio (CPC 731 parágrafo único). Mesmo que o divórcio tenha sido judicial, a partilha de bens pode ser extrajudicial. Nem é preciso o uso da escritura pública, Contrato particular vale e é eficaz, ainda que sejam partilhados bens imóveis.

Ainda que se trate de ação **personalíssima**, competindo aos cônjuges o pedido de divórcio (CC 1.582), não há como negar a possibilidade de os divorciandos serem representados por **procurador** com poderes especiais, outorgado o mandato por escritura pública. Não é necessário sequer alegar ou comprovar a dificuldade do comparecimento à audiência. Basta invocar o art. 472 do CC: *O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato .* Ao depois, Resolução do Conselho Nacional de Justiça dispensa o comparecimento das partes quando da lavratura de escritura pública de divórcio consensual. [41] Nada justifica tratamento diferenciado em juízo.

13.9.2. Divórcio contencioso

Apesar de todos chamarem a ação de divórcio movida por um cônjuge contra o outro de divórcio litigioso, a expressão é equivocada.

A demanda deve obedecer ao rito das ações de família (CPC 693 a 699). Se o único objeto da ação é o divórcio, não havendo questões outras a solver, não se justifica a dispensa da contrafé e a designação de audiência (CPC 695 § 1.º). Como o réu não pode se opor, não existe lide. Tratando-se de **direito potestativo**, cabe ao

juiz decretar liminarmente o divórcio e determinar a citação do demandado.

Quando existe **nascituro** ou **filhos incapazes**, é necessário definir o regime de convivência e os alimentos, a que faz jus o nascituro (L 11.804/08).

Se há tais exigências em se tratando da dissolução amigável do casamento (CPC 731), precisam ser solvidas na demanda litigiosa. Nesta hipótese, à ação de divórcio são cumuladas outras demandas, pode - ou melhor, deve - o juiz decretar o divórcio quando do recebimento da petição inicial. Esta é a prática que vem sendo adotada. Decretado o divórcio, é determinada a expedição do mandado de averbação depois da citação do réu e do decurso do prazo da contestação. É o que faculta a lei processual ao admitir o julgamento antecipado do pedido quando inexiste necessidade de provas (CPC 355 I).

Ainda que concorde com o divórcio, o réu pode, em sede de **contestação**, buscar que sejam solvidas questões referentes ao direito de convivência e alimentos **aos filhos** e à **partilha de bens**. Inclusive, tais pedidos podem ser formulados pelo Ministério Público ou deferidos de ofício pelo juiz. [42]

Caso exista alguma controvérsia sobre filhos ou partilha de bens, o processo prossegue quanto a estas questões. É juridicamente possível que o casal obtenha o divórcio mediante simples medida liminar, enquanto ainda tramita o procedimento para o julgamento final dos demais pedidos cumulados. [43]

A lei admite o que passou a ser chamado de **sentença parcial** (CPC 356). Nada mais do que a apreciação de algumas das demandas cumuladas (ou de alguns dos pedidos, como equivocadamente diz a lei), prosseguindo a ação quanto aos demais. Deste modo, possível sucessivos julgamentos parciais. Enunciado do IBDFAM

enfatiza tal possibilidade. [44] No mesmo sentido Enunciado das Jornadas de Direito Civil. [45]

Na tentativa de obter a solução consensual, deve o juiz valer-se do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento (CPC 694). Por isso, ao despachar a inicial, após decidir sobre o pedido de **tutela provisória**, o réu é citado para comparecer à **audiência de mediação e conciliação** (CPC 695). O mandado de citação não deve ser acompanhado da **cópia da inicial** (CPC 695 § 1.º), salutar medida para evitar o acirramento do estado de beligerância entre as partes.

Esta audiência não se confunde com a audiência de conciliação ou mediação a ser designada em todos os processos (CPC 334). Não há a possibilidade de as partes manifestarem desinteresse na composição consensual (CPC 334 § 4.º I).

Caso o réu não compareça à audiência ou não conteste a ação, ocorre a **revelia**, a ser decretada pelo juiz. No entanto, sobre as deliberações referentes aos filhos, não ocorrem os efeitos confessórios e a presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial.

E, como se trata de um cúmulo de demandas, quando da sentença, o recurso pode ter **efeitos diversos**. A irresignação que tem por objeto a verba alimentar, por exemplo, cabe ser recebida só no **efeito devolutivo** (CPC 1.012 II). Questões outras, como o direito de convivência dos filhos e a partilha deve ser recebida no duplo efeito.

De forma absolutamente desarrazoada, desapareceu o **foro privilegiado** da mulher. Assim, a **competência** é o do domicílio do guardião do filho incapaz, do último domicílio do casal ou do domicílio do réu (CPC 53). Quando se discute na ação de divórcio questão atinente a filhos menores, pode ser rompido o **princípio da perpetuação da jurisdição**, tendo o juiz a possibilidade de declinar da competência de ofício. [46]

Apesar de se tratar de ação que diga com o estado matrimonial das partes, é dispensável a presença do **Ministério Público** que só participa da ação em que há interesse de incapaz (CPC 178 II e 698).

Ao contrário da regra geral, que determinada preferentemente a citação pelo correio (CPC 246 I), nas ações de família o réu deve ser **citado pessoalmente** (CPC 695 § 3.º). Encontrando-se em lugar incerto e não sabido, deve ser citado **por edital**. Ainda que o autor afirme não saber do seu paradeiro, o juiz deve diligenciar sua localização antes de determinar a citação editalícia. Não encontrado o réu, mesmo assim deve ser decretado o divórcio, que não depende da sua concordância. [47]

A ação de divórcio pode ser cumulada com pedido de **alimentos** a favor do cônjuge que deles necessite. Pela jurisprudência consolidada, este é o derradeiro momento para a concessão de alimentos. A alegação é que, rompido o vínculo, não mais permanece o dever de mútua assistência. Essa limitação, no entanto, não está na lei. O **autor** deve requerer os alimentos na inicial. Divergem os tribunais sobre a possibilidade da pretensão alimentar do réu ser pleiteada na contestação ou via **reconvenção** (CPC 343).

É exigido o uso da via **reconvencional** para requerer o reconhecimento da união estável anterior ao casamento. [48]

Não é necessário (CC 1.581), mas é de todo recomendável, que na ação fiquem solvidas as **questões patrimoniais**. Assim, conveniente que, juntamente com a inicial, venha a descrição dos bens e a pretensão de partilha para ser homologada com a sentença. De qualquer sorte, decretado o divórcio, prossegue a ação quanto à **partilha**. Como é obrigatório o **regime da separação legal de bens** se não ocorreu a partilha (CC 1.641 I e 1.523 III), indispensável que a **sentença** que decrete a partilha seja averbada no registro do casamento.

13.10. Divórcio extrajudicial

Há a possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer extrajudicialmente, por **pública escritura** perante o **tabelião** (CPC 733). Por inexistir conflito entre as partes, esses procedimentos são chamados de **jurisdição voluntária**.

Quando não existe nascituro ou filhos incapazes, sendo o divórcio **consensual**, totalmente dispensável que sua dissolução possa ocorrer pela via judicial. Deveria ser obrigatória a via administrativa. Afinal, falta **interesse processual**. Proposta ação judicial, caberia sua **extinção** sem resolução do mérito (CPC 485 VI). Mas, como não pode ser negado acesso à justiça e a lei utiliza a expressão "pode", o Judiciário continua sendo entupido de ações desnecessárias.

Como se trata de direito que não admite contestação, deveria bastar **uma notificação extrajudicial**, por meio do tabelionato, dando um cônjuge ciência ao outro da decisão de se divorciar. Encontrando-se o cônjuge em lugar incerto e não sabido, a ciência poderia ser feita por **edital**. Decorrido o prazo do edital, o divórcio seria registrado. Como não existe esta praticidade, a notificação serve, ao menos, para comprovar a separação de fato.

O Conselho Nacional de Justiça [49] regulamentou o procedimento de divórcio extrajudicial, extrapolando várias vezes suas funções: chega praticamente a legislar, ao invés de limitar-se a normatizar. Mas tal proceder é para lá de salutar em face da inércia irresponsável do legislador.

A EC 66/10 em nada alterou questões de natureza procedimental, seja na esfera judicial ou extrajudicial. Como a reforma constitucional eliminou a **separação**, esta não pode mais ser levada a efeito nem extrajudicialmente. Se o procedimento administrativo se encontrava em elaboração quando da alteração constitucional, caso os cônjuges não concordem com o divórcio, não pode o tabelião lavrar

a escritura de separação. Enfático Pablo Stolze ao dizer: *Se, por equívoco ou desconhecimento, após o advento da nova Emenda, um tabelião lavrar escritura de separação, esta não terá validade jurídica, por conta da supressão do instituto em nosso ordenamento, configurando nítida hipótese de nulidade absoluta do acordo por impossibilidade jurídica do objeto (art. 166, II, CC).* [50] Afirma ele que a **nulidade é absoluta** em face da gravidade do vício que porta. Assim, é impugnável por qualquer interessado, pelo Ministério Público e até de ofício pelo juiz (CC 168 parágrafo único). E, em se tratando de negócio nulo, não admite confirmação, sendo imprescritível a ação para decretar-lhe a nulidade.

Concede, a lei, a possibilidade do uso da via registral "não havendo **filhos nascituro ou filhos incapazes**", o que sugere que a existência deles não autorizaria o divórcio administrativo. Esta não é a conclusão sustentada por boa parte da doutrina, que afirma, com toda razão, a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal por pública escritura, contanto que não envolva interesses indisponíveis, ou seja, dos filhos enquanto menores ou incapazes. [51] Assim, solvidas judicialmente as questões referentes à convivência e aos alimentos, não existiria óbice para que o fim do casamento seja chancelado de forma extrajudicial. Neste sentido Enunciado aprovado nas Jornadas de Direito Civil. [52]

De qualquer forma, levado a efeito o divórcio, mesmo afrontando o que diz a lei, não há como reconhecer a **nulidade** ou **anulabilidade** da escritura, com o retorno das partes à condição de casadas. O que cabe é reconhecer a **ineficácia** das disposições referentes a temas que refogem à dissolução do casamento, como as questões referentes à prole.

Da escritura devem constar estipulações sobre pensão alimentícia, partilha dos bens, mantença do nome de casado ou retorno ao nome de solteiro. Nada sendo referido a respeito do **nome**, presume-

se que o cônjuge que adotou o sobrenome do outro vai assim permanecer. Porém, a qualquer tempo pode buscar a exclusão, por meio de declaração unilateral, em nova escritura pública, não sendo necessária a via judicial. A alteração deve ser comunicada ao registro civil.

Não há necessidade do comparecimento dos cônjuges ao Cartório de Notas. Já que se trata de um **negócio jurídico**, possível que se façam representar por **procurador** com poderes específicos para o ato. Detectada a natureza negocial da extinção matrimonial por escritura pública, não há como negar a possibilidade de representação privada por uma ou mesmo por ambas as partes interessadas, apenas exigida a concessão de poderes específicos e constituição por **escritura pública**. [53] Além disso, como para o casamento os noivos podem estar representados por procurador (CC 1.535), impositivo conceder igual faculdade quando da sua dissolução.

As partes precisam ser assistidas por **advogado** ou **defensor público**, sendo que o mesmo profissional pode representar a ambos. Como foi dispensada a presença do magistrado e a intervenção do Ministério Público, a responsabilidade do advogado redobra. Comparecendo todos ao tabelionato, não há necessidade de apresentação de **instrumento de procuração**, bastando que todos firmem a escritura: partes e advogados. O acompanhamento cabe ser feito pela Defensoria Pública quando as partes se declararem pobres. Nessa hipótese, os atos notariais serão **gratuitos** (CPC 98 § 1.º IX). A gratuidade alcança também os atos registrais civil e imobiliário.

Quanto ao pagamento de **custas e emolumentos** em favor dos notários e registradores, silenciou a lei sobre valores. Como não se justifica a cobrança tomando por base o montante do acervo patrimonial a ser partilhado, pois a extensão e o valor do patrimônio em nada alteram o custo administrativo da lavratura do ato, Resolução

do CNJ impediu a cobrança de emolumentos proporcionais ao valor dos bens. [54]

Por falta de previsão legal, o tabelião não pode se negar a proceder ao registro da escritura dissolutória do casamento, pois se trata de negócio jurídico bilateral decorrente da autonomia privada, não comportando objeções ou questionamentos do Estado. [55] A recusa dá ensejo ao uso de **mandado de segurança**, havendo ainda a possibilidade de manejo, pela própria parte, do procedimento administrativo de **dúvida** (LRP 198 c/c 280). No entanto, a Resolução do CNJ [56] admite a possibilidade de recusa se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges, ou em caso de dúvida sobre a declaração de vontades. A recusa, no entanto, deve ser fundamentada e fornecida por escrito. A negativa do notário nada mais é do que a transposição para a sede administrativa da chamada **cláusula de dureza** (CC 1.574 parágrafo único), que desapareceu junto com a separação.

Nada obsta a que as partes estabeleçam na escritura outros ajustes - doações recíprocas; instituição de usufruto, uso ou habitação em favor de um deles ou de terceiros; cessão de bens - ou que assumam obrigação de qualquer ordem. [57] Pode um outorgar procuração ao outro. [58]

Apesar de a lei referir e a Resolução do CNJ referendar que na escritura deva constar a descrição e a **partilha dos bens comuns**, não há como impor tal exigência. O Código de Processo Civil libera a partilha para momento posterior (CPC 731 parágrafo único). E o Código Civil admite o divórcio sem a prévia partilha (CC 1.581). Assim, ainda que existam bens, não precisam ser partilhados para o uso da via extrajudicial. Descabido impor o divórcio judicial pelo só fato de os cônjuges pretenderem manter indiviso o patrimônio comum. Ainda que recomendável, não há sequer a necessidade de serem **arrolados os bens**, bastando a referência de que a divisão

do patrimônio não será realizada. Enquanto isso, os bens ficam em **estado condominial**. Nada impede que sejam partilhados alguns bens, restando os demais para serem divididos em momento posterior, quer por conveniência das partes, quer por inexistir consenso na partição. A **partilha** pode ser feita por contrato particular, mesmo quando ocorre a divisão de imóveis. Vale entre as partes e só não tem efeito perante terceiros.

Levada a efeito a **divisão igualitária** do acervo patrimonial, não incide **imposto** algum, pois a cada um caberá bem de sua propriedade. Quando há **desequilíbrio na partilha**, ficando um dos cônjuges com mais bens do que o outro, tal configura **doação**, incidindo o **ITCD** - Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações, que é chamado de **imposto de reposição**. [59] Como o Código Tributário Nacional delega aos Estados sua regulamentação, autorizando a eleição do **sujeito passivo** (CTN 42), alguns estados atribuem a obrigação de pagar ao doador e outros ao donatário. Mas não há como impor o pagamento justamente a quem supostamente doou bens. É descabido que, quem fica com menos patrimônio ainda seja onerado com o pagamento do imposto. Nitidamente **inconstitucional** atribuir o encargo ao doador, por ofender o **princípio da capacidade contributiva**, na medida em que é o beneficiário o titular da riqueza que está sendo tributada.

Mesmo que omita o casal a existência de bens, não há óbice a que a divisão seja levada a efeito posteriormente, ou pela via judicial (se não houver acordo de vontades) ou por meio de nova escritura de partilha de bens. Quando realizada a partilha, indispensável que a escritura seja averbada no registro do casamento. Isto porque, antes da partilha, se um dos divorciados resolver casar, é obrigatório o **regime da separação legal de bens** (CC 1.641 I e 1.523 III).

A **obrigação alimentar** estipulada na escritura de dissolução do casamento constitui **título executivo extrajudicial** (CPC 784 II), que enseja execução pelo rito da **prisão** (CPC 911).

A manifestação de vontade perante o notário, depois de firmada a escritura, é **irretratável**, mas pode ser **anulada** por incapacidade ou vício de vontade resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (CC 171 II). O **prazo decadencial** é o de quatro anos (CC 178). Como inexiste decisão judicial, não há falar em **ação rescisória**, mas em **ação anulatória**.

Para quem se encontra separado judicialmente, persiste a possibilidade de restabelecer a sociedade conjugal mediante requerimento formulado nos autos da ação de separação (CC 1.577 e LD 46). Por falta de referência na lei, questionamentos surgiram sobre a possibilidade de a **reconciliação** ser levada a efeito pela via administrativa. Mas a omissão não pode manter o pedido na órbita do Judiciário. Ainda que a separação tenha sido judicial - consensual ou litigiosa -, a reconciliação pode ser levada a efeito extrajudicialmente. Somente na hipótese de os cônjuges pretenderem alterar o **regime de bens** no ato de reconciliação é imperioso que a pretensão seja deduzida na via judicial (CC 1.639 § 2.º e CPC 734). [60]

Os cônjuges podem escolher livremente o tabelionato, não havendo qualquer regra que fixe **competência**.

Depois de lavrada e assinada a escritura, deve ser encaminhado o traslado ao registro civil para a devida averbação no assento de casamento e de nascimento dos ex-cônjuges. A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (CPC 733 § 1.º). Também serve perante a junta comercial, para alterações societárias e para proceder à transferência de veículos junto ao departamento de trânsito.

Não só o divórcio, também a **separação de corpos consensual** pode ser formalizada por escritura.

Mesmo que esteja em andamento ação de divórcio, podem as partes optar pela forma extrajudicial. Nesta hipótese, deve haver a **desistência da ação judicial**. Só depois de homologada a desistência é que a escritura pode ser confeccionada. O tabelião somente deve aceitar o divórcio se as partes declararem inexistir ação judicial em tramitação, quer consensual, quer litigiosa. Claro que basta a afirmativa, não sendo necessária a juntada de certidões negativas.

A possibilidade de **autoridades consulares** celebrarem divórcio consensual de brasileiros, no exterior, dispõe de igual redação e está sujeita aos mesmos pressupostos: ser consensual e inexistirem filhos menores ou incapazes. Mas há uma única e inexplicável diferença. Para o divórcio perante o tabelião, o **advogado** precisa firmar a escritura. Já quando levado a efeito no consulado, é dispensada a assinatura do procurador das partes.

13.11. Morte

O falecimento de um dos cônjuges dissolve o vínculo conjugal (CC 1.571 § 1.º). Se o falecido era segurado do sistema previdenciário, só é concedida **pensão por morte** ao cônjuge sobrevivente: (a) se o óbito ocorreu após 24 meses de contribuição e (b) se o casamento perdurava por mais de dois anos. A pensão passou a corresponder a 50% do benefício e só é vitalícia se o beneficiário tiver até 35 anos de expectativa de vida. Atualmente, se tiver 44 anos ou mais. Abaixo desta idade, há todo um cálculo diferenciado, sendo que, se o sobrevivente tiver menos de 21 anos, receberá a pensão por apenas três anos (L 13.135/15).

Com a morte do cônjuge o sobrevivente passa à condição de **viúvo**. O **estado civil** de viuvez identifica a situação de quem foi casado e o seu cônjuge faleceu. No entanto, impor a necessidade de revelar a condição de viúvo, para qualquer fim, já na própria qualificação, gera um sem-número de constrangimentos. Claramente, constituiu violação do direito à privacidade. A quem interessa saber

se alguém casou e seu cônjuge morreu? Dita identificação serve tão só para saber a situação do **patrimônio** do viúvo, pois permite questionar se os bens lhe pertencem com exclusividade ou necessitam submeter-se a inventário. Para isso, de todo desnecessário que a pessoa seja praticamente rotulada como viúva.

Tendo um dos cônjuges adotado ao casar o **sobrenome** do outro, com sua morte o viúvo continua a identificar-se com o nome do falecido. Mas se este não for o seu desejo, pode requerer judicialmente o retorno ao nome de solteiro.

Com a morte de um, cessa o **impedimento** do cônjuge sobrevivente **para o casamento**. No entanto, a **mulher** só pode casar depois de 10 meses (CC 1.523 II), exceto se antes desse **prazo** der à luz um filho, ou provar que não está grávida (CC 1.523 parágrafo único). A espera decorre do fato de a lei presumir que os filhos nascidos nesse período foram concebidos na constância do casamento, sendo filhos do finado (CC 1.597 II). Porém, os sofisticados testes de gravidez ora existentes e o próprio exame de DNA podem comprovar com facilidade a ausência do impedimento, a tornar dispensável a espera de tão longo prazo.

Ocorrendo a morte de um dos cônjuges durante a tramitação da ação de divórcio, a ação **perde o objeto** e deve ser extinta (CPC 485 IV). Mesmo que já tenha sido proferida a sentença, mas antes do seu trânsito em julgado, o sobrevivente adquire o estado civil de viúvo. O casamento dissolveu-se pela morte.

Não só a morte efetiva, mas também a **morte presumida** (CC 6.º e 7.º) e a declaração de **ausência** (CC 22 a 39) dissolvem o casamento.

A declaração da morte presumida sem a decretação de ausência pode ocorrer em duas hipóteses: (a) quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; (b) no caso de desaparecido em campanha ou se ele foi feito prisioneiro, se não for

encontrado até dois anos após o término da guerra. Depois de esgotadas buscas e averiguações, é possível a declaração de morte presumida, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento (CC 7.º parágrafo único). Obtida tal manifestação, é permitido ao "viúvo presumido" casar.

Em face do silêncio da lei, tem-se questionado o que ocorre se o **desaparecido aparece**. A doutrina diverge. Mas, afirmando a lei que a morte presumida do ausente dissolve o vínculo matrimonial (CC 1.571 § 1.º), não há falar em **bigamia**. O novo casamento do cônjuge do ausente não pode ser tido por inexistente ou nulo, pois, em matéria de casamento, não há nulidade sem expressa previsão legal. Imperioso reconhecer que, mesmo regressando o ausente, o seu casamento permanece **dissolvido**. [61] O **estado civil** do ausente que reapareceu é de **solteiro**. Afinal, não é mais casado, já que o seu casamento foi dissolvido. [62] Essa é a solução que melhor atende aos fatos da vida, pois de todo inviável convalidar relação já desvanecida pelo decurso do tempo. Ao depois, preferindo o cônjuge retornar aos braços do primeiro amor, que se divorcie e case novamente com ele.

A polêmica não perde significado em face da possibilidade do **divórcio** (CC 1.580 § 2.º). A diferença dos efeitos da sentença que declara a ausência e da que decreta o divórcio justifica a busca da declaração de ausência ou de morte presumida para o casamento ser dissolvido. Com o divórcio, ocorre a **partilha de bens** a partir da sua decretação. Já a declaração da ausência coloca o cônjuge na condição de **herdeiro**. [63] De qualquer modo, desaparecido o cônjuge, possível a ação de divórcio, caso em que a citação é feita por **edital**, havendo a necessidade de nomeação de curador (CPC 72 II).

Leitura complementar

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

DELGADO, Mário Luiz. Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 627-677.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_________. Separação de fato e corpos. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr. p. 80-93.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *O novo divórcio no Brasil:* de acordo com a EC n. 66/2010. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERREIRA, Cristiana Sanches Gomes. *Análise econômica do divórcio*: contributos da economia ao Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 11, p. 5-17, ago.-set. 2009.

MADALENO, Rolf. Separações e anulações: culpa e responsabilidades ou fim da conjugalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha

(coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 598-623.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Rafael Calmon. Da cumulação de pedidos de divórcio, de reconhecimento de união estável e precedente ao casamento e de partilha do patrimônio. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 30, p. 108-123, out.-nov. 2012.

VELOSO, Zeno. Novo casamento do cônjuge ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 23, p. 37-54, abr.-maio 2004.

1

Gustavo Tepedino, O papel da culpa na separação e no divórcio, 202.

2

Dispositivo revogado pela Lei 7.841/1989.

3

Dispositivo revogado pela Lei 7.841/1989.

4

Paulo Lôbo, Divórcio: alteração constitucional e suas consequências, 8.

5

Cristiano Chaves de Farias, A proclamação da liberdade de permanecer casado..., 69.

6

Alexandre Rosa, Amante virtual..., 88.

7

Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos..., 107.

8

Idem, 129.

9

Maria Celina Bodin de Moraes, Danos morais em família?..., 191.

10

Zeno Veloso, O novo divórcio e o que restou do passado.

11

Maria Berenice Dias, EC 66/10 - e agora?

12

Paulo Lôbo, Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial.

13

CNJ, Res. 120, de 30.09.2010.

14

Separação judicial. Restabelecimento da sociedade conjugal. Superveniência da Emenda Constitucional 66/2010. Possibilidade. Efeitos jurídicos adstritos somente às separações judiciais requeridas posteriormente à sua entrada em vigor. Aplicação, ao caso concreto, do disposto no art. 46 da Lei 6.515/77. Provimento do recurso. A despeito de a Emenda Constitucional 66/2010 ter efetivamente retirado o instituto da separação judicial do mundo jurídico, os efeitos jurídicos daquelas separações ocorridas anteriormente à entrada em vigor da referida Emenda subsistem. Os efeitos jurídicos, de fato e de direito, da separação judicial, devidamente homologados e concretizados de acordo com a legislação vigente à sua época, continuarão regidos pela decisão judicial anterior, baseada, repita-se, na lei então em vigor. (TJMG, AI 1.0313.06.205550-1/001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Geraldo Augusto, p. 18/02/2011).

15

Resolução 35 do CNJ: Art. 48. O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste

caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

16

Divórcio após EC 66/10. Mudança de paradigma. Art. 226, § 6.º, CF/88. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (autoaplicável ou "self-executing"). Fim do instituto da separação judicial. Princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada. Autonomia da vontade do casal. Fim do afeto. Extinção do vínculo conjugal. Inexistência de requisito temporal para o divórcio. Direito potestativo. Sentença mantida. 1. Diante da alteração do art. 226, § 6.º, CR/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges. 2. É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou de qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação de culpa, bastando o fim do afeto e o desejo do casal de se divorciar. Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal. (TJMG, AC 1.0028.10.003359-7/001, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Peixoto Henriques, p. 08/03/2013).

17

Divórcio após EC 66/10. Mudança de paradigma. Art. 226, § 6.º, CF/88. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (autoaplicável ou *self-executing*). Fim do instituto da separação judicial. Princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada. Autonomia da vontade do casal. Fim do afeto. Extinção do vínculo conjugal. Inexistência de requisito temporal para o divórcio. Direito potestativo. Conversão de ação de separação em divórcio: ausência de nulidade. Sentença mantida. I - Diante da alteração do art. 226, § 6.º, CF/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges. II - É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou de qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação de culpa, bastando o fim do afeto e o desejo do casal de se divorciar. Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal. III - Em observância à nova redação do art. 226, § 6.º, da CF/88 (dada pela EC 66/10), considerando-se a extinção do instituto da separação judicial,

iniludível que a alteração ou a conversão da "ação de separação judicial" para "ação de divórcio" não implica afronta ao princípio da inércia ou ao art. 264 do CPC, tampouco macula a sentença de vício *ultra petita* ou *extra petita.* (TJMG, AC 1.0028.10.001318-5/001, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Peixoto Henriques, p. 26/10/2012).

18

Ação de Divórcio c/c alimentos, guarda, arrolamento e sequestro de bens. Ação ajuizada há mais de cinco (5) anos. Separação de fato comprovada. Superveniência da E.C. n.º 66/2010, que colocou fim ao sistema dualista da extinção do matrimônio em duas etapas: separação judicial para extinguir a sociedade conjugal e conversão em divórcio que extinguia o vínculo matrimonial. Divórcio que é sempre direto e imotivado, afigurando-se como direito potestativo. Hipótese de decretação "ex officio" do divórcio, em face da nova redação dada ao art. 226, § 6.º da CF. Questões restantes que devem prosseguir e não constituem óbice para a decretação. Recurso provido. (TJSP, AI 2071543-78.2013.8.26.0000, 3.ª C. Cív., Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 01/04/2014).

19

Divórcio litigioso. (...) 6. A Emenda Constitucional n.º 66 de 14 de julho de 2010, que conferiu nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a permissão para que qualquer dos cônjuges ingresse com o pedido de divórcio, independente da existência de separação de fato ou de prévia separação judicial, sem que seja necessário declarar o culpado pelo declínio do casamento, o que expõe a impropriedade da pretensão de reforma da sentença para que um dos consortes seja considerado o causador da dissolução do matrimônio. (...) Apelação Cível desprovida. (TJDF, AC 20120110391459, 5.ª T. Cív., Rel. Des. Angelo Canducci Passareli, j. 12/03/2014).

20

Separação judicial litigiosa. Agravo retido. (...) Competência. Emenda Constitucional 66/2010. Divórcio direto. Partilha. Nome. (...) 2. Após a EC 66/10, não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja direito à ruptura do vínculo conjugal. 3. É possível a alteração, em segundo grau de jurisdição, da ação de separação judicial em ação de divórcio, quando verificado que as partes manifestam o seu interesse em por fim ao casamento. 4. Essa alteração também é cabível quando verificado que atende aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economia processual, efetividade da prestação jurisdicional e por se tratar de demanda que envolve direito de família, o que; naturalmente, enseja desgaste emocional e psicológico

das partes envolvidas, não sendo viável a simples extinção do processo sem resolução do mérito para que haja a sua repropositura. (...) Em face do exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. (STJ, AREsp 236.619/DF (2012/ 0207590-3), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, p. 22/10/2014).

21

Francisco Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 229.

22

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito das famílias, 187.

23

Ação de divórcio c/c partilha de bens. Casamento realizado em regime de separação legal. Aplicação da Súmula 377 do STF. Partilha dos aquestos. Ausência de prova da separação de fato. Sentença mantida. 1. Pelo regime da separação legal de bens, cada um dos cônjuges é responsável pela administração do seu patrimônio, conservando-se na posse e na propriedade dos bens que trouxer para o casamento, inexistindo, também, a princípio, a comunicabilidade dos aquestos. 2. Entretanto, com o escopo de evitar o enriquecimento sem causa, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal preconiza que, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. 3. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, o esforço comum é presumido e decorre da existência da comunhão de vidas determinada pelo casamento (art. 1.511 do CC), representada, precipuamente, pela solidariedade que deve unir o casal, dispensada a prova da contribuição de cada um para a aquisição do patrimônio. 4. Conquanto seja remansoso na jurisprudência e na doutrina o entendimento de que a separação de fato do casal faz cessarem as presunções patrimoniais advindas do regime de bens, tem-se como indispensável a prova efetiva do rompimento conjugal. 5. Recurso não provido. 6. Sentença mantida. (TJMG, AC 1.0040.09.084588-0/001, 2.ª C. Cív., rel. Des. Raimundo Messias Júnior, j. 18/02/ 2014).

24

Enunciado 2 do IBDFAM: A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.

25

Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 194.

26

Rodrigo da Cunha Pereira, Comentários ao novo Código Civil:..., 192.

27

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Separação de fato e ética..., 94.

28

Ação anulatória de atos e negócios jurídicos fraudulentos. Vício de consentimento. Caracterização. Causa impeditiva de prescrição. Constância do casamento. Separação judicial. Subsistência da causa. 1. Caso se considere que as disposições aplicáveis à hipótese são aquelas previstas no CC/16, em vigência quando da outorga da procuração eivada de vício de consentimento e consequente realização dos negócios jurídicos praticados por força dos poderes nela outorgados, a causa impeditiva da prescrição cessa somente com o divórcio. 2. O que faz com que entre os cônjuges não corra o prazo prescricional é a natureza da relação que os liga entre si. Enquanto esse vínculo perdura, subsiste igualmente a causa impeditiva da prescrição. Na hipótese dos autos, o curso do prazo sequer teve início, porque o ato jurídico - outorga de procuração - levado a efeito com eiva de consentimento, deu-se na constância do casamento, por meio do qual se valeu o ex-marido para esvaziar o patrimônio comum, mediante transferência fraudulenta de bens. 3. Conquanto tenham as partes posto fim à sociedade conjugal mediante a separação judicial, ao não postularem sua conversão em divórcio, permitiram que remanescesse íntegro o casamento válido, que "somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio" (art. 2.º, parágrafo único, da Lei 6.515/77, reproduzido no art. 1.571, § 1.º, do CC/02). 4. A razão legal da subsistência da causa de impedimento da prescrição, enquanto não dissolvido o vínculo conjugal, reside na possibilidade reconciliatória do casal, que restaria minada ante o dilema do cônjuge detentor de um direito subjetivo patrimonial em face do outro. 5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.202.691/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/04/2011).

29

Art. 12 da Lei 8.245/91.

30

Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, 380.

31

Suzana Borges Viegas de Lima, Separação de corpos:..., 329.

32

Thiago Felipe Vargas Simões, A emancipação decorrente da união estável, 46.

33

Fabíola Santos Albuquerque, Poder familiar nas famílias recompostas..., 171.

34

CNJ, Resolução 35/07, art. 46: O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito.

35

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 225.

36

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, Separação e divórcio: teoria e prática, 53.

37

Ação de divórcio. Cumulação com pedidos de regulamentação de guarda, visitas e alimentos. Fixação de alimentos provisórios. Possibilidade. Tutela recursal concedida. 1. Os pedidos de decretação do divórcio, guarda e alimentos aos filhos menores são compatíveis entre si e o juízo de família é competente para conhecer de todos eles. O procedimento ordinário pode ser adotado quando há pedidos cumulados (art. 292, § 2.º, do CPC). 2. Recurso conhecido e provido. Unânime. (TJDF, AI 20140020084282 DF 0008476-70.2014.8.07.0000, 2.ª T. Cív., Rel. Des. Fátima Rafael, j. 23/07/2014).

38

Ação de divórcio. Antecipação de tutela. Pedido de divórcio antes da sentença. Possibilidade. EC 66/2010. Possibilidade de ser concedida uma sentença parcial de mérito, em face da nova redação do § 1.º do art. 162 do CPC. Agravo provido. (TJRS, AI 70059163402, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, j. 07/04/2014).

39

Cristiano Chaves de Farias, Redesenhando os contornos da dissolução do casamento...,115.

40

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, Separação e divórcio:..., 369.

41

Resolução 35 do CNJ, art. 36.

42

Ação de divórcio. Pedido de alimentos formulado em contestação. Viabilidade. Preliminar de nulidade rejeitada. Sentença que não concretiza hipótese de decisão fora do pedido. Precedentes. O dever de prestar alimentos aos filhos menores de idade decorre do poder familiar, que incumbe a ambos os genitores. Tratando-se de direito indisponível, a fixação pode ocorrer de ofício, por provocação do *Parquet* ou mediante veiculação de pedido em contestação, dispensando-se o manejo de reconvenção. (...) Apelo desprovido. (TJRS, AC 70058109083, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, j. 28/05/2014).

43

Pablo Stoze, Divórcio liminar.

44

Enunciado 18 do IBDFAM: Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

45

Enunciado 602 do CJF: Transitada em julgado a decisão concessiva do divórcio, a expedição do mandado de averbação independe do julgamento da ação originária em que persista a discussão dos aspectos decorrentes da dissolução do casamento.

46

Divórcio e guarda de menor. Foro competente. Domicílio do responsável. Art. 147, I, do ECA. Súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça. Declinação *ex officio*. Possibilidade. Prevalência do interesse do menor. Decisão irreprochável. Recurso desprovido. "Nos processos que envolvem menores, as medidas devem ser

tomadas no interesse desses, o qual deve prevalecer diante de quaisquer outras questões. Não havendo, na espécie, nada que indique objetivos escusos por qualquer uma das partes, mas apenas alterações de domicílios dos responsáveis pelo menor, deve a regra da *perpetuatio jurisdictionis* ceder lugar à solução que se afigure mais condizente com os interesses do infante e facilite o seu pleno acesso à Justiça" (STJ, CC 114782-RS, el. Min. Nancy Andrighi, j. 12.12.2012). (TJSC, AI 2013.039211-6, 3.ª C. Cív., Rel. Des. Fernando Carioni, j. 18/02/2014).

47

Ação de divórcio direto. Citação por edital. Validade. Mérito. Direito potestativo. Procedência do pedido. Esgotadas as possibilidades de localização da virago para a citação pessoal, não há falar em nulidade da citação editalícia, vez que observados todos os requisitos legais, sendo-lhe nomeada curadora especial, que atuou na defesa dos seus direitos. Outrossim, em se tratando o divórcio de um direito potestativo, que não admite contestação, dependendo da vontade exclusiva de uma das partes, nenhum óbice ao deferimento do pedido. Preliminar desacolhida e apelo desprovido. (TJRS, AC 70062532460, 7.ª C. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j.27/05/2015).

48

[48] Ação de divórcio. Pretensão de reconhecimento de união estável anterior ao casamento. Inviabilidade, no caso. Verba alimentar em favor da ex-cônjuge. Descabimento. Não comprovação da necessidade. 1. Em se tratando de ação de divórcio, deveria a recorrente, parte ré, ter aviado sua postulação de reconhecimento da união estável anterior ao casamento em sede de reconvenção, o que não fez, razão pela qual o pronunciamento judicial a esse respeito nos presentes autos, assim como dos efeitos patrimoniais daí decorrentes, acarretará julgamento além do pedido, extravasando os limites em que a ação foi proposta. Questionamento que deve ser objeto de ação própria. (...) Apelo desprovido. (TJRS, AC 70055016455, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 26/09/2013).

49

Resolução 35/07.

50

Pablo Stolze Gagliano, O novo divórcio, 71.

51

Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 86.

52

Enunciado 571 do CJF: Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal.

53

Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 53.

54

CNJ, Resolução 35/07.

55

Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 61.

56

CNJ, Resolução 35/07.

57

Cristiano Chaves de Farias, O novo procedimento..., 61.

58

Adriano Perácio de Paula, Divórcio e separação em cartório, 7.

59

Súmula 116 do STF: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.

60

Luiz Felipe Brasil Santos, Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais...

61

Zeno Veloso, Novo casamento do cônjuge do ausente, 53.

62

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 513.

63

Idem, 495.

14. UNIÃO ESTÁVEL

SUMÁRIO: 14.1 Visão histórica - 14.2 Aspectos constitucionais - 14.3 Legislação infraconstitucional - 14.4 Tentativa conceitual - 14.5 Questões terminológicas - 14.6 Características - 14.7 Estado civil - 14.8 Nome - 14.9 Impedimentos - 14.10 Direitos e deveres - 14.11 Efeitos patrimoniais - 14.12 Reflexos sucessórios - 14.13 Contrato de convivência - 14.14 Contrato de namoro - 14.15 Indenização por serviços prestados - 14.16 A Súmula 380 - 14.17 Conversão em casamento - 14.18 Ação de reconhecimento e dissolução - 14.19 Partilha de bens - 14.20 Obrigação alimentar - 14.21 Tutelas provisórias - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226 § 3.º; CC 1.562, 1.723 a 1.727 e 1.790; CPC 23 III, 53 I, 73 § 2.º, 189 II; 319 II, 600 parágrafo único, 620 II, 693 a 699, 731 a 734, 1.048 § 3.º; L 8.971/94; L 9.278/96; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 57 § 2.º; L 8.245/91 (Lei do Inquilinato - LI) 12; L 13.135/15 Provimento CNJ 37/14.

14.1. Visão histórica

Apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. O **Código Civil de 1916**, com o propósito de proteger a família constituída pelos *sagrados* laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi além. Restou por puni-las. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento de relações afetivas extramatrimoniais. Não há lei, nem do deus que for, nem dos homens, que proíba o ser humano de buscar a felicidade. As uniões surgidas sem o selo do casamento eram identificadas com o nome de **concubinato**. Quando de seu rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, demandas começaram a bater às portas do Judiciário. Quando a mulher não exercia atividade remunerada e não

tinha nenhuma fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma "camuflada",[1] com o nome de **indenização por serviços domésticos**, talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por ela prestados.[2] O fundamento era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento.[3]

Em um momento posterior, na tentativa de coibir perversas injustiças, passou a justiça a reconhecer a existência de uma **sociedade de fato**: os companheiros eram considerados "sócios", procedendo-se à divisão de "lucros", a fim de evitar que o acervo adquirido durante a vigência da "sociedade" ficasse somente com um deles. Para ensejar a divisão dos bens adquiridos na constância da união, havia necessidade da prova da efetiva contribuição financeira de cada um na constituição do patrimônio. Essa solução, inclusive, restou sumulada pelo STF.[4] Tais subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial, evitando-se com isso o enriquecimento injustificado de um dos companheiros, em prejuízo, normalmente, da mulher. Todavia, nada mais se cogitava conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios.

Com o passar do tempo, as uniões extramatrimoniais acabaram por merecer a aceitação da sociedade, levando a **Constituição** a dar nova dimensão à concepção de família ao introduzir um termo generalizante: **entidade familiar**. Alargou-se o conceito de família. Relacionamentos além dos constituídos pelo **casamento** passaram a merecer a especial proteção do Estado. Foi emprestada juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade.[5] As uniões de fato entre um homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de **união estável**.

Também foram assim reconhecidos os **vínculos monoparentais**, formados por um dos pais com seus filhos.

A especial proteção constitucional conferida à união estável de nada ou de muito pouco serviu. Apesar de a doutrina ter afirmado o surgimento de novo sistema jurídico de aplicação imediata, não sendo mais possível falar em sociedade de fato, o mesmo não aconteceu com os tribunais. A união estável permaneceu no âmbito do **direito das obrigações**. Nenhum avanço houve na concessão de direitos, além do que já vinha sendo deferido. A Súmula 380 continuou a ser invocada. As demandas permaneceram nas **varas cíveis**. Também em matéria **sucessória** não houve nenhuma evolução. Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens.

14.2. Aspectos constitucionais

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares - as mais frequentes -, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a **equiparação** das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela uma escala de prioridade. Ao criar a categoria de entidade familiar, a Constituição acabou por reconhecer juridicidade às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade. No dizer de Silvana Maria Carbonera, o **afeto** ingressou no mundo jurídico, lá demarcando seu território.[6]

Paulo Lôbo sustenta que o *caput* do art. 226 da CF é **cláusula geral de inclusão**, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e

ostensibilidade.[7] A esse tratamento equalizador foram fiéis as primeiras leis que regulamentaram a união estável, não estabelecendo diferenciações ou revelando preferências.

A referência constitucional a "um homem e uma mulher" na definição da união estável (CF 226 § 3º), durante muito tempo serviu de justificativa para negar às uniões de pessoas do mesmo sexo *status* de entidade familiar merecedora da tutela do Estado. Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal, proclamasse a existência dos mesmos e iguais direitos e deveres às uniões **homoafetivas**.[8]

14.3. Legislação infraconstitucional

Não tendo a norma constitucional logrado aplicabilidade, duas leis regulamentaram o novo instituto. A **L8.971/94** assegurou direito a **alimentos** e à **sucessão**. No entanto, conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, excluindo os separados de fato. Reconheceu como estáveis as relações existentes há mais de **cinco anos** ou das quais houvesse nascido **prole**. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro foi incluído na ordem de vocação hereditária como **herdeiro legítimo**.

A **L9.278/96** teve maior campo de abrangência. Não quantificou **prazo de convivência** e admitiu como estáveis as relações entre pessoas **separadas de fato**. Além de fixar a **competênciadas varas de família** para o julgamento dos litígios, reconheceu o **direito real de habitação**. Gerou a **presunção***juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha igualitária.

O **Código Civil** incluiu a união estável no último capítulo do livro do direito das famílias, antes da tutela e da curatela. A justificativa é que o instituto só foi reconhecido pela Constituição quando o Código já estava em elaboração. Limitou-se a reproduzir a legislação que existia, reconhecendo como estável (CC 1.723) *a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família*. Socorre-se o legislador da ideia de **família** como parâmetro para conceder efeitos jurídicos à união estável, o tratamento não é igual. Há direitos que são deferidos somente aos cônjuges.

O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado. Todavia, em que pese a equiparação constitucional, a lei civil, de forma retrógrada e equivocada, outorgou à união estável tratamento notoriamente diferenciado. Em três escassos artigos (CC 1.723 a 1.726) disciplina seus aspectos pessoais e patrimoniais. Fora do capítulo específico, outros dispositivos fazem referência à união estável. É reconhecido o vínculo de **afinidade** entre os conviventes (CC 1.595) e mantido o **poder familiar** a ambos os pais (CC 1.631), sendo que a dissolução da união não altera as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Aos companheiros são assegurados **alimentos** (CC 1.694) e o direito de instituir **bem de família** (CC 1.711), assim como é admitido que um seja **curador** do outro (CC 1.775).

O direito dos conviventes à **adoção** está condicionado à prova da **estabilidade da família** (ECA 42 § 2.º e 197-A III), exigência que não é feita aos casados.

Apesar do desdém do legislador, não existe **hierarquia** entre casamento e união estável. O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fonte geradora de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória.[9] É uma afronta ao **princípio da igualdade** diferenciações entre

casamento e união estável, segundo enunciado aprovado pelo IBDFAM.[10]

O **Código de Processo Civil**, a seu modo, tenta eliminar estas diferenciações. Impõe que a parte indique na petição inicial se vive em união estável (CPC 319 II). Em todas as vezes que faz referência ao casamento, sempre insere a união estável (CPC 23 III, 53 I, 73 § 3.º, 189 II; 600 parágrafo único, 620 II, 1.048 § 3º). No capítulo que trata das ações de família, expressamente assegura rito especial à ação de reconhecimento e extinção da união estável (CPC 693). O mesmo e igual tratamento é outorgado ao divórcio e à dissolução consensual da união estável (CPC 732).

14.4. Tentativa conceitual

O Código Civil não traz o conceito família e indica os requisitos para o reconhecimento da união estável. Foi a **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06) que define família como qualquer relação íntima de afeto.

A união estável nasce da convivência, simples **fato jurídico** que evolui para a constituição de **ato jurídico**, em face dos direitos que brotam dessa relação.[11] Ou, no dizer de Paulo Lôbo, um **ato-fato jurídico**, por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza efeitos jurídicos. Basta sua existência fática para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas, convertendo-se a relação fática em relação jurídica.[12]

Por mais que a união estável seja o espaço do não instituído, à medida que é regulamentada ganha contornos de casamento. Tudo o que está disposto sobre as uniões extramatrimoniais tem como referência a união matrimonializada. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma **união livre** para se tornar em união amarrada às

regras impostas pelo Estado. Rodrigo da Cunha Pereira diz que regulamentar a união estável é praticamente acabar com ela, mata-lá em sua essência, que é exatamente como estar preso às regras do casamento.[13] Chama de infeliz a equiparação levada a efeito, pois tenta impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou exatamente quis fugir dele.[14] Esse é um paradoxo com o qual é preciso aprender a conviver, pois, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas relações mais íntimas, busca-se a sua **interferência** para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca.[15] Daí a advertência de Carlos Eduardo Ruzyk: o desafio do operador do direito é fazer com que a leitura do fenômeno jurídico da união estável não se opere na perspectiva da valorização abstrata, mas das pessoas concretas que travam essas relações, de tal forma que o modelo possa ser tão só um instrumento de realização da dignidade humana, e não um fim em si mesmo.[16]

Ninguém duvida que há quase uma **simetria** entre casamento e união estável. Ambos são estruturas de convívio que têm origem em um elo afetivo. A divergência diz exclusivamente com o modo de **constituição**. Enquanto o casamento tem seu início marcado pela chancela estatal, a união estável não tem termo inicial estabelecido. Nasce da consolidação do vínculo de **convivência**, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios. Assim, quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter a referência simplesmente como não escrita. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, a omissão deve ser tida por inexistente, ineficaz e inconstitucional. Do mesmo modo, em todo texto em que é citado o **cônjuge** é necessário ler-se **cônjuge ou companheiro**.

A consagração e a proteção asseguradas às entidades familiares constituem garantia constitucional. Assim, não podem sofrer quaisquer restrições na legislação ordinária. O **planejamento**

familiar é assegurado em sede constitucional (CF 226 § 7.º), mas o Código Civil refere exclusivamente no capítulo que trata da eficácia do casamento (CC 1.565 § 2.º). No entanto, não há como deixar de reconhecer que alcança também a união estável.

O casamento é uma das modalidades de **emancipação**, fazendo cessar a menoridade (CC 5.º parágrafo único II). Apesar da omissão legal, não se pode afastar a mesma eficácia quando da constituição da união estável.[17]

Ainda sobre o tema da capacidade: a pessoa com deficiência mental ou intelectual pode casar, contanto que tenha condições de expressar sua vontade (CC 1.550 § 3.º). Do mesmo modo pode manter união estável.

Não é possível sequer limitar direitos que já haviam sido consagrados em leis anteriores. A legislação infraconstitucional não pode ter alcance jurídico-social inferior ao que tinha sido estabelecido, originariamente, pelo constituinte, sob pena de se afrontar o **princípioda proibição de retrocesso social**, ocorrendo retrocesso ao estado pré-constituinte.[18]

14.5. Questões terminológicas

Os termos mais usados nos textos legais para identificar os sujeitos de uma união estável são **companheiro** (L 8.971/94) e **convivente** (L 9.278/96). O Código Civil prefere o vocábulo **companheiro**, mas usa também **convivente**. O Código de Processo Civil usa exclusivamente a palavra **companheiro**. Do latim, *cum cubo* significa encontrar-se dentro de um cubículo, enquanto *cum pane*, que dá origem à palavra companheiro, significa comer o mesmo pão.

O vocábulo **concubinato** carrega consigo o estigma do preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e

pecaminosa, quase uma depreciação moral. No Código Civil (1.727) é utilizado com a preocupação de diferenciar o concubinato da união estável. Mas a referência não é feliz. Certamente, a intenção era estabelecer uma distinção entre união estável e **família simultânea** (chamada doutrinariamente de **concubinato adulterino**), mas para isso faltou coragem ao legislador. A norma restou incoerente e contraditória. Parece dizer - mas não diz - que as relações paralelas não constituem união estável. A tais relações é que faz referência a lei ao autorizar a **anulação de doações** (CC 550 e 1.642 V), **suspender o encargo alimentar** (CC 1.708) e impedir a possibilidade de "o concubino do testador casado" ser nomeado **herdeiro ou legatário** (CC 1.801 III). Pelo jeito, a pretensão é deixar as uniões "espúrias" fora de qualquer reconhecimento e alijadas de direitos. Não há sequer remissão ao direito das obrigações, para que seja feita analogia com a sociedade de fato. Nitidamente **punitiva** a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros, certamente do homem.

A partir do momento em que a união estável ganhou *status* de entidade familiar, é injustificável o uso da expressão **sociedade de fato**, que deixa o campo do direito das famílias para ingressar na esfera do direito das obrigações, mais especificamente, na área do direito societário.[19] A simples leitura do texto legal não permite qualquer analogia entre sociedade de afeto e sociedade de fato (CC 981): *celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*. Às claras, não é esse o propósito que leva duas pessoas que mantêm relacionamento afetivo a se comprometerem mutuamente e constituírem um lar. Como bem adverte Paulo Lôbo, não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo. Os conflitos decorrentes das entidades

familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do direito das famílias e não do direito das obrigações - tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais e os direitos tutelares.[20]

14.6. Características

A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (CC 1.723): *convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família*. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família.

Apesar de a lei usar o vocábulo **público** como um dos requisitos para caracterizar a união estável, não se deve interpretá-lo nos extremos de sua significação semântica. O que a lei exige é **notoriedade**. Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público é notório, mas nem tudo que é notório é público.[21] A **publicidade** da relação deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de afastar relacionamentos menos compromissados, em que os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de "como se casados fossem".

Ainda que não exigido decurso de **lapso temporal mínimo** para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial. Deve ser prolongada no tempo e sem solução de continuidade. Nesse aspecto é que reside a **durabilidade** e a **continuidade** do vínculo. Quando a união termina pelo falecimento de um dos conviventes, é necessário sopesar todos estes requisitos de forma conjunta. Pode se desprezar o lapso temporal, se presentes as demais características legais.

O **objetivo de constituição de família** é pressuposto de caráter subjetivo.[22] A origem desse requisito está ligada ao fato de que as uniões extramatrimoniais não tinham acesso ao casamento. Ou seja, a intenção do par era casar, tinham por objetivo constituir uma família, o que não ocorria por impedimento legal. Assim, a proibição de formação de uma família matrimonializada é que acabou provocando a valorização dos motivos que levaram os sujeitos a constituir uma nova família.[23]

Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um **vínculo afetivo**. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento se torna uma **unidade**. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma **entidade familiar**. O casal transforma-se em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que a prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. Atentando a essa nova realidade o direito rotula a união de estável.

14.7. Estado civil

O estado civil é definido como uma qualidade pessoal. A importância de sua identificação decorre dos reflexos que produz em questões de ordem **pessoal** e **patrimonial**. Daí integrar, inclusive, a qualificação da pessoa. O marco sinalizador do estado civil sempre foi o casamento. Nem é preciso repetir que a união estável e o casamento são institutos distintos, mas as sequelas de ordem patrimonial identificam-se. Com o casamento ocorre a alteração do estado civil dos noivos, que passam à condição de casados. Já a

união estável não tem um elemento objetivo definindo seu início, mas nem por isso deixa de produzir consequências jurídicas desde sua constituição. Basta lembrar que os bens adquiridos durante o período de convívio, por presunção legal, passam a pertencer ao par. Assim, imperioso reconhecer que, a partir do momento em que uma estrutura familiar gera consequências jurídicas, se está diante de um novo estado civil. A falta de identificação dessa nova situação traz insegurança aos parceiros, pois pode causar-lhe **prejuízos**.

Não definida a união estável como um estado civil, quem assim vive não é obrigado a assim se identificar. Não falta com a verdade o convivente que se declara solteiro, separado, divorciado ou viúvo. No entanto, tal omissão não pode ocorrer em juízo. O Código de Processo Civil determina que na inicial deve ser indicado se a parte vive em união estável (CPC 319 II). Caso a omissão gerar prejuízo a alguém, a parte será considerada **litigante de má-fé** por alterar a verdade dos fatos (CPC 80 II), podendo ser responsabilizada por **perdas e danos,** por alertar a verdade dos fatos (CPC 79).

Os reflexos são de ordem patrimonial. Os bens amealhados durante o relacionamento não são de propriedade exclusiva de quem os adquiriu. Surge um estado de **mancomunhão**. Desse modo, a falta de perfeita identificação da situação pessoal e patrimonial do seu titular pode gerar prejuízos a ele ou ao parceiro. Desfazendo-se o companheiro de bem adquirido durante o período da união, que esteja registrado somente em seu nome, sem a participação do par, o ato é **eficaz**. Apesar de comprometer a **meação** do parceiro, este pode buscar ressarcimento frente ao outro e não a desconstituição do negócio.

Finda a união pela morte de um, deve constar da certidão de óbito que vivia em união estável. O sobrevivente tem todo o direito de se identificar como **viúvo**. Desarrazoado que se intitule como solteiro ou até como casado, se eventualmente estivesse somente separado de fato, quando da constituição da união estável.

14.8. Nome

Qualquer nubente pode acrescentar ao seu o sobrenome do outro (CC 1.565 § 1.º). Nada diz a lei civil com relação à união estável. É a **Lei dos Registros Públicos** que autoriza a mulher a averbar o patronímico do companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios de família (LRP 57 § 2.º). Este dispositivo está em vigor. Não foi revogado expressamente e não há incompatibilidade com o Código Civil. Porém, cabe afastar as restrições e diferenciações impostas: vida em comum por no mínimo cinco anos, filhos comuns e inexistência de impedimento para o casamento. Tampouco a exigência de a ex-mulher não usar o nome do ex-marido tem razão de ser. São restrições que, por afrontarem ao **princípio da igualdade**, não mais subsistem.

Assim, na união estável qualquer dos companheiros pode adotar o nome do outro. Não só a companheira optar pelo nome do varão. Decisão do STJ[24] deixou de invocar a legislação registral e faz aplicação analógica do direito assegurado no casamento. No entanto, exigiu prova documental da união, por escritura pública, com a expressa concordância do companheiro cujo nome será adotado pelo outro.

É imperioso admitir que, procedida à retificação do nome, o companheiro busque a alteração no **registro de nascimento dos seus filhos**, para que nele conste o sobrenome que passou a usar. Essa prática, admitida quando do casamento, deve ser aceita na união estável.

14.9. Impedimentos

A Constituição enlaçou no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, delegando à legislação infraconstitucional sua regulamentação. O Código Civil regula a união estável à imagem e semelhança do casamento: estabelece requisitos para seu

reconhecimento (CC 1.723); gera direitos e impõe deveres entre os conviventes (CC 1.724); e tenta vetar sua constituição, socorrendo-se dos impedimentos absolutos para o casamento (CC 1.723 § 1.º). De maneira absolutamente descabida e até um pouco ingênua, o legislador olvida-se que os parceiros não precisam da chancela estatal para constituírem união estável. Assim, quando a lei diz (CC 1.521): *não podem casar*, há como tornar obrigatório tal comando. É só não celebrar o casamento. Desatendida a proibição legal, o casamento é **nulo** (CC 1.548 II), podendo, a qualquer tempo, ser desconstituído por iniciativa dos interessados ou do Ministério Público (CC 1.549). Há mais. Anulado o casamento, os **efeitos da sentença** retroagem à data da sua celebração (CC 1.563), e o enlace simplesmente desaparece como se nunca tivesse existido.

Com referência à união estável, contudo, não há como fazê-la sumir. Dispõe a lei (CC 1.723 § 1.º): *a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521.* Ou seja, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, é proibida a união estável. No entanto, em que pese a proibição legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe. O Estado não tem meios, por exemplo, de vetar o estabelecimento de **uniões incestuosas** entre pai e filha ou entre dois irmãos, por mais repulsivas que sejam essas hipóteses. Da mesma maneira, apesar das proibições legais, não há como impedir a união estável entre sogro e nora; entre o companheiro e a filha da ex-companheira; entre o adotante e o cônjuge do adotado; ou, ainda, entre a viúva e o assassino de seu cônjuge. Tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas nem por isso há algum meio capaz de coibir sua formação. Como existem, não há como simplesmente ignorá-las.

Cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe a existência em face do impedimento, é atitude meramente punitiva. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos

e condená-los à invisibilidade gera **irresponsabilidades** e o **enriquecimento ilícito** de um em desfavor do outro. O resultado é mais do que desastroso, é perverso: nega divisão do patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório. Esta postura pode acabar incentivando o surgimento desse tipo de união. Estar à margem do direito não deve gerar benefícios. Quem vive com alguém por muitos anos, necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo que a lei desaprova, não é possível, simplesmente, eximi-lo de qualquer responsabilidade, encargo ou ônus. Quem assim age, em vez de ser punido, sai privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado.

Com ou sem impedimentos à sua constituição, entidades familiares que se constituem desfocadas do modelo oficial merecem proteção como núcleo integrante da sociedade. Formou-se uma união estável, ainda que seus membros tenham desobedecido as restrições legais. Não podem ser ignorados os efeitos dessa convivência no âmbito interno do grupo e também no plano externo, por seu indisfarçável reflexo social.[25]

Diante de atitudes que desatendem às regras de convívio social e se afastam da forma de família eleita pelo Estado, é necessário adotar mecanismos de **repressão**, punindo quem ousa afastar-se dos ditames da lei. No entanto, afirmar a inexistência da entidade familiar é, muitas vezes, castigar quem nem sabia da reprovabilidade de tal agir, ou até submeteu-se a uma situação que lhe foi imposta. A postura omissiva, a negativa de extrair efeitos jurídicos de situação existente não é a solução mais adequada para atender aos mais elementares princípios da justiça e da **ética**. O casamento, embora nulo, mas realizado de **boa-fé**, produz todos os efeitos jurídicos até que seja desconstituído (CC 1.561). No mínimo, em se tratando de união estável que afronta aos impedimentos legais, há que se invocar o mesmo princípio e reconhecer a existência de uma **união estável putativa**. Estando um ou ambos os conviventes de boa-fé,

indispensável atribuir efeitos à união, tal como ocorre no **casamento putativo**.[26]

A lei elenca **causas suspensivas** para o casamento (CC 1.523). São causas meramente penalizadoras na esfera patrimonial dos contraentes, sem invalidar o ato matrimonial.[27] Essas restrições, entretanto, não são invocáveis na união estável. Não se pode falar sequer em analogia, pois descabe limitar direitos quando a lei expressamente não o faz. Assim, não existe idade mínima para a constituição de união estável (CC 1.550 I), até porque não há como exigir o consentimento dos pais ou responsáveis.

14.10. Direitos e deveres

Falar em direitos e deveres na união estável sempre acaba levando a um cotejo com os direitos e deveres do casamento. Chama a atenção o fato de inexistir paralelismo entre os direitos assegurados e os deveres impostos a cada uma das entidades familiares. Aos companheiros são estabelecidos deveres de **lealdade**, **respeito** e **assistência** (CC 1.724), enquanto no casamento os deveres são de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência (CC 1.566). Em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos.

O inadimplemento do dever de assistência à mulher - quer durante a união, quer depois de seu término, em que existe obrigação alimentar - pode configurar **violência doméstica**, sob a forma de **violência patrimonial**, no âmbito da Lei Maria da Penha (7.º IV). Neste sentido, há Enunciado do IBDFAM.[28] Um dos deveres do casamento é a vida em comum, no domicílio conjugal (CC 1.566 II). Na união estável, inexiste essa imposição. Nada é dito sobre o domicílio familiar. Assim, a **coabitação**, ou seja, a **vida sob o mesmo teto**, não é elemento essencial para a sua configuração.[29] Aliás,

não era exigida sequer para o reconhecimento do concubinato. Súmula do STF[30] dispensa a vida *more uxorio* dos concubinos. Ainda que a Súmula tenha sido editada para interpretar a palavra "concubinato",[31] para fins de investigação de paternidade, restou por cunhar um conceito, que cabe ser estendido à união estável. Apesar da ausência da imposição de moradia única, a jurisprudência resiste em reconhecer o relacionamento quando o par não vive em um único lar, sem que existam justificativas para a mantença de residências diferentes.

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído **fidelidade** por **lealdade**. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexiste a obrigação de ser fiel.[32] E, se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viver juntos, a mantença de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas. Assim, nada impede o reconhecimento de **vínculos simultâneos**.

Outra justificativa para a ausência de simetria entre casamento e união estável - no que diz com o dever de fidelidade do cônjuge e de lealdade do companheiro - é a **presunção pater est**, que existe com relação ao cônjuge, mas não está prevista na união estável. Ou seja, presume a lei que os filhos nascidos durante o casamento são do marido da mãe (CC 1.597). Imperioso admitir a mesma verdade quando os pais vivem em união estável.[33] Cabe figurar a hipótese de falecimento do pai antes do registro do filho de sua companheira. De todo descabido exigir que o filho, representado pela mãe, proponha **ação declaratória de paternidade** contra a sucessão de seu genitor, cuja inventariante é a companheira. A situação chega às raias do absurdo. Já que a mulher não pode ocupar os dois polos da ação - representando o filho como autor e o espólio como réu -, seria necessária a nomeação de um curador ao autor da ação.

A união se extingue pelo término do convívio, sem a necessidade de interferência estatal. A relação finda da mesma maneira como se constituiu, no mundo dos fatos.

14.11. Efeitos patrimoniais

Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos,[34] dispondo de regras patrimoniais praticamente idênticas.

No **casamento**, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens (CC 1.658 a 1.688) por meio de **pacto antenupcial**. Na **união estável**, os conviventes têm a faculdade de firmar **contrato de convivência** (CC 1.725), estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio tanto os noivos (CC 1.640) como os conviventes (CC 1.725), a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens (CC 1.658 a 1.666).

No **regime da comunhão parcial**, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em parte iguais. Instala-se o que é chamado de **mancomunhão**: propriedade em mão comum. Adquirido o bem por um, transforma-se em **propriedade comum**, devendo ser partilhado, por metade, quando da dissolução do vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a cotitularidade do outro. Trata-se de presunção *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade (CC 1.659 e 1.661): bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal. Ao convivente que quiser livrar da divisão determinado bem adquirido durante o período de convívio, cabe a prova de alguma das exceções legais. Em face da

presunção de comunicabilidade, incumbe a quem alega comprovar situação que exclui o patrimônio da partilha.

O direito de propriedade resta fracionado em decorrência do condomínio que exsurge *ex vi legis*. Logo, o titular nominal do domínio não pode aliená-lo, pois se trata de **bem comum**. É necessária a concordância do companheiro. A constituição da união estável leva à perda da **disponibilidade** dos bens adquiridos, revelando-se indispensável a expressa manifestação de ambos os proprietários para o aperfeiçoamento de todo e qualquer ato de disposição do patrimônio comum. Ainda assim, a tendência do STJ é reconhecer a **validade** do ato praticado sem a vênia do par, orientação que compromete a **meação** do parceiro que não pode se insurgir perante o adquirente. Dispõe exclusivamente de **direito indenizatório** a ser buscado contra o companheiro.[35]

A justificativa é que não há qualquer determinação obrigando o **registro** em nome de ambos os conviventes. Assim, escriturado imóvel em nome de somente um deles, o documento público é válido, pois não encerra nenhum vício. Tampouco há quebra da continuidade registral, o que dificulta o encontro de uma justificativa para a anulação do negócio jurídico. Quem adquire o bem não pode ser prejudicado, pois há que se prestigiar tanto a **boa-fé** do adquirente como a veracidade do registro público.[36] Como o sistema jurídico tutela o interesse do terceiro para garantir a segurança do tráfico jurídico, é valorizada a **publicidade registral**.

A lei estabelece a necessidade da **outorga uxória** entre os cônjuges para a prática de atos que possam comprometer o patrimônio comum (CC 1.647). Na união estável, nada é referido. Em face da omissão do legislador, não se pode exigir o consentimento do companheiro para a concessão de **fiança** ou **aval** e a realização de **doações**.[37]

Todavia, como a limitação é imposta pela lei a todo e qualquer regime de bens (exceto ao regime da separação absoluta), não há como afastar a mesma exigência em sede de união estável em que vigora o regime da comunhão parcial. Reconhecida a união estável como entidade familiar, é necessário impor as mesmas limitações, para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa-fé. Assim, também cabe aplicar a Súmula do STJ[38] que proclama a ineficácia total da fiança prestada por somente um do par.

Em relação à **penhora**, apesar da omissão legal, as mesmas exigências feitas aos cônjuges devem existir na união estável. Recaindo a penhora sobre bem imóvel, é indispensável a **intimação** do companheiro do executado (CPC 842). Da mesma forma, incidindo sobre bem indivisível, a **meação** do companheiro alheio à execução recai sobre o produto da alienação do bem (CPC 843), o que não obsta o uso de **embargos de terceiro** (CPC 674 a 680).

Independentemente do nome de quem esteja registrado o bem, ele responde pelas **dívidas particulares dos companheiros**.[39]

Não reconhecida a existência da união estável, mas comprovada a **aquisição** de algum bem durante o período em que o vínculo perdurou, dispõe o convivente de direito indenizatório correspondente à metade do seu valor. Basta que a convivência tenha levado ao embaralhamento de patrimônios. Independentemente do nome de quem conste como adquirente do bem, a divisão se impõe, a não ser que fique comprovada eventual **sub-rogação** ou outra causa de incomunicabilidade patrimonial.

A união e os seus efeitos patrimoniais findam pela só cessação da vida em comum. Dispensável a chancela judicial para a sua extinção. Este é o momento em que termina tanto a união como o regime de bens. Adquiridos bens de forma **parcelada** ou através de **financiamento**, a fração do bem paga durante o período de vigência da união deve ser partilhada. O cálculo é feito considerando a

percentagem do imóvel quitado durante a vida em comum e não o valor nominal das prestações pagas. Presumem-se adquiridos, durante a vida em comum, os **bens móveis** existentes à época da dissolução da união, salvo prova em sentido contrário (CC 1.662).

Um dos efeitos do casamento é impedir o decurso do prazo da **prescrição** entre os cônjuges (CC 197 I). Imperioso reconhecer que a regra aplica-se também à união estável. Ou seja, durante o período de convívio não corre a prescrição entre os conviventes.

Havia uma circunstância que talvez fizesse a união estável mais vantajosa do que o casamento: quando um, ou ambos, têm mais de 70 anos. Para quem casar depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz a lei (CC 1.641 II), que impõe o **regime da separação obrigatória de bens**. Como essa limitação não existe na união estável, não cabe interpretação analógica para restringir direitos. No entanto, o STJ estende a limitação também à união estável.[40]

Ocorrida a **locação** de bem no período de convívio, o vínculo locatício persiste com relação a quem permanece no imóvel, ainda que ele não tenha sido o firmatário do contrato (L 8.245/91 art. 12).

14.12. Reflexos sucessórios

Em sede de **direito sucessório** é onde fica mais flagrante o tratamento discriminatório concedido à união estável (CC 1.790). O cônjuge é herdeiro necessário e figura no terceiro lugar na **ordem de vocação hereditária**. O companheiro é somente **herdeiro legítimo** e herda depois dos parentes colaterais de quarto grau. O direito à **concorrência sucessória** também é diferente. Quando concorre com os descendentes e ascendentes, o direito do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência do relacionamento. Com relação aos colaterais até o quarto grau, o companheiro faz jus a somente um terço da herança. O parceiro sobrevivente não

tem a garantia da quarta parte da herança, **quota mínima** assegurada ao cônjuge sobrevivo, se concorrer com os filhos comuns (CC 1.832). A disparidade prossegue quanto ao **direito real de habitação**, outorgado somente ao cônjuge (CC 1.831). Ainda bem que a jurisprudência concede tal direito ao companheiro invocando a L 9.278/96. Outra diferenciação descabida é conceder ao companheiro o direito à herança somente quando inexistirem herdeiros. A ausência de uniformidade levada a efeito pela lei, além de desastrosa, é flagrantemente inconstitucional.

14.13. Contrato de convivência

Na união estável, é a convivência que impõe o regime **condominial**, em face da presunção de esforço comum à sua constituição. Não importa o fato de os bens estarem registrados apenas no nome de um dos companheiros, para a partilha ocorrer de forma igualitária. No entanto, há a possibilidade de os conviventes, a qualquer tempo (antes, durante, ou mesmo depois de solvida a união), regularem da forma que lhes aprouver as questões patrimoniais, agregando, inclusive, **efeito retroativo** às deliberações.

A singeleza com que a lei se refere à possibilidade de os conviventes disciplinarem o regime de bens denota a ampla liberdade que têm os companheiros de estipularem tudo o que quiserem. Não só questões de ordem patrimonial, mas também de ordem pessoal. Causa no mínimo certa estranheza o fato de o Código Civil, com relação ao casamento, dedicar ao regime de bens nada menos do que 50 artigos e às questões patrimoniais na união estável, escassas duas palavras: **contrato escrito** (CC 1.725).

A possibilidade de avença escrita passou a ser denominada de contrato de convivência: instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação.[41] Pacto informal, pode tanto constar de escrito particular

como de escritura pública, e ser levado ou não a inscrição, registro ou averbação. Pode até mesmo conter disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente em negócios jurídicos diversos, desde que contenha a manifestação bilateral da vontade dos companheiros, identificando o elemento volitivo expresso pelas partes.[42]

O contrato de convivência não cria a união estável, pois sua constituição decorre do atendimento dos requisitos legais (CC 1.723), mas é um forte indício da sua existência. Já a manifestação unilateral de um dos conviventes não tem o condão de provar nada: nem o começo nem o fim da união estável.

A liberdade dos conviventes é plena, e somente em raras hipóteses merece ser tolhida. Cabe figurar um exemplo. Depois de anos de convívio e aquisição de bens, a realização de contrato concedendo todo o patrimônio a um dos companheiros, nada restando ao outro para garantir a própria sobrevivência, não pode subsistir. Nitidamente, tal ato de liberalidade configura **doação**, sendo vedado doar todos os bens sem reserva de parte deles, ou de renda suficiente a garantir a subsistência do doador (CC 548). É o que sustenta Rolf Madaleno: a renúncia dissimulada por simples contrato escrito de convivência, que afasta a presunção de comunhão parcial, deve ser rejeitada por seu nefasto efeito de enriquecer sem justa causa apenas o companheiro beneficiado pela renúncia do outro e por ser claramente contrária à moral e ao direito, permitindo restrições de ordem material de efeito retroativo.[43]

O contrato de convivência - tal qual o pacto antenupcial - está sujeito a condição suspensiva. Sua eficácia depende da caracterização da união e não da vontade manifestada no contrato. Assim, mesmo firmado o contrato, possível a existência da união ser questionada judicialmente.

O **regime de bens** pode ser **alterado** tanto no casamento como na união estável. Só que, no casamento, é necessária a propositura de uma demanda judicial, acompanhada pelo Ministério Público, devendo a motivação ser comprovada (CC 1.639 § 2.º). Já o contrato de convivência pode ser alterado a qualquer tempo, por instrumento público ou particular e imotivadamente. Não existe qualquer restrição legal, mas o STJ não admite a concessão de **efeito retroativo** à modificação, sob pena de conferir mais benefício à união estável do que ao casamento.[44]

O contrato de convivência não serve tão só para deliberações de natureza patrimonial. Possível os conviventes preverem a forma de conduzirem suas vidas. Possíveis previsões de natureza pessoal e convivencial. Os direitos e deveres que lhes são impostos (CC 1.724) não têm eficácia vinculante. Por exemplo, é possível regularem a forma de convivência não monogâmica. Tal não afronta disposição absoluta de lei (CC 1.655). Não cabem deliberações sobre direito sucessório (CC 426), ou renúncia a alimentos (CC 1.707). Nada mais é proibido.

Desse modo, é válida cláusula que estabeleça o pagamento de **indenização** quando do fim do relacionamento. A previsão pode ter por fundamento tanto o simples fato de a separação ser desejada por um dos parceiros quanto a hipótese de decorrer por culpa de um deles.[45]

Como as questões de ordem patrimonial precisam ser regidas de alguma forma, ao que eventualmente não for regulado no contrato de convivência, subsidiariamente é aplicado o regime da comunhão parcial, via eleita pelo legislador em caso de omissão dos conviventes. Da mesma maneira, para interpretar a avença, há que se socorrer do regime legal.

Provimento do CNJ[46] autoriza o registro das uniões estáveis - quer heterossexuais, quer homoafetivas - no Livro "E" do **Registro Civil das Pessoas Naturais**.

Cabe o registro das uniões formalizadas por **escritura pública** e das reconhecidas por **decisão judicial**, a ser levada a efeito junto ao Cartório do último domicílio dos companheiros (art. 1.º).

Assim, tanto a constituição como a extinção da união podem ser publicizadas. E, mesmo não registrada sua constituição, pode ser anotada sua dissolução (art. 7.º).

Apesar de a normatização significar um avanço, a vedação de ser levado a efeito o registro quando um ou ambos os conviventes forem **separados de fato** (art. 8.º), afronta a própria lei que, forma expressa, reconhece a existência da união mesmo que haja tal impedimento para o casamento (CC 1.723 § 1.º). Porém, como o registro pode ser feito quando o reconhecimento da união estável decorre de sentença judicial - e esta não se sujeita a dita restrição - pode ocorrer a certificação cartorária mesmo que os companheiros sejam só separados de fato.

Como a lei nada diz, o contrato de convivência pode ser via **contrato particular**. No entanto - e injustificadamente - o Provimento exige escritura pública (art. 2.º). Assim, o jeito é levar o contrato a registro no **Cartório de Registro de Títulos e Documentos** (LRP 127 VII) que torna público o conhecimento do seu conteúdo, mas não tem eficácia *erga omnes*, no sentido de a união estável ser oponível contra terceiros.

De outro lado, não há previsão de a união ser averbada no **registro imobiliário** onde se situam os bens do casal. Ao contrário, prevê que o registro produz efeitos patrimoniais entre os companheiros, não prejudicando terceiros (art. 5.º). Esta omissão, às claras, pode prejudicar um dos companheiros.

De qualquer modo, nada impede que a união - registrada ou não no Registro Civil - seja levada à averbação na serventia imobiliária. É que a união se trata de *circunstância que, de qualquer modo, tem influência no registro ou nas pessoas nele interessadas* (LRP 167 II 5). Afinal, é preciso preservar a fé pública de que gozam os registros imobiliários, bem como a boa-fé dos terceiros que precisam saber da existência da união.

E, se é determinado o registro do pacto antenupcial (CC 1.657), cuja averbação se dá no Registro de Imóveis (LRP 167 II 1), imperativo reconhecer que o contrato de convivência, que traz disposições sobre bens imóveis, também deve ser averbado, para gerar efeitos publicísticos.

Havendo nascituro ou filhos incapazes, a **dissolução** da união não pode ser levada a efeito por **escritura pública**, ainda que exista consenso entre os conviventes sobre todos os temas. No entanto, quando as questões referentes à prole já se encontram solvidas, com a devida chancela judicial, nada justifica obstaculizar o uso da via extrajudicial.

14.14. Contrato de namoro

Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz pode gerar obrigações de ordem patrimonial provocaram pânico generalizado, entre os homens, é claro. Diante da situação de insegurança, começou a ser decantada a necessidade de o casal de namorados firmarem contrato para assegurar a **ausênciadecomprometimento** recíproco e a **incomunicabilidadedopatrimônio** presente e futuro. No entanto, esse tipo de avença, com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de monetarizar singela relação afetiva.

Hoje é enorme a dificuldade de reconhecer se o vínculo é de namoro ou constitui união estável, que se estabelece pelo nível de comprometimento do casal.[47] Como lembra Silvio Venosa, depois de tantas mudanças sociais, não é fácil uma definição apriorística do que se entende por um ou outro.[48] Com a evolução dos costumes, a queda do tabu da virgindade, a enorme velocidade com que se estabelecem os vínculos afetivos, ficou difícil identificar se o relacionamento não passa de um simples namoro ou se é uma união estável. Até porque, no mais das vezes, um do par acha que está só namorando e o outro acredita estar vivendo em união estável. Por isso esta definição frequentemente é delegada ao Judiciário, que se vê na contingência de proceder a um estudo para lá de particular e minucioso. Na tentativa de extremar as situações, chega-se a falar em **namoro qualificado**, expressão que não dispõe de qualquer conteúdo jurídico.[49]

Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, antes, se o casal não mantinha relação sexual, tratava-se apenas de namorados, e se já mantinha, cuidava-se de "amigados" ou "amasiados". Hoje em dia, é comum, natural e saudável que casais de namorados mantenham relacionamento sexual, sem que isto signifique nada além de um namoro, e sem nenhuma consequência jurídica.[50]

A única possibilidade é os namorados firmarem uma declaração referente à situação de ordem patrimonial **presente e pretérita**. Mas não há como previamente afirmar a incomunicabilidade futura, principalmente quando segue longo período de vida em comum, no qual foram amealhados bens. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento pode ser fonte de enriquecimento sem causa. Pablo Stolze diz ser lícita declaração que, simplesmente, descaracterize a relação concubinária, em detrimento da realidade.[51] João Henrique Miranda Soares Catan sustenta a possibilidade inserção no contrato de namoro de uma cláusula

"darwiniana", ou seja, contratação de uma **cláusula de evolução**: previsão de que, havendo uma evolução "de fato" no relacionamento de namoro, passando a configurar união estável, as partes livremente resolvem adotar o regime da separação de bens, ou disciplinaram o regime que entenderam mais adequado para o futuro.[52]

No regime da separação convencional de bens, vem a jurisprudência reconhecendo a comunicabilidade do patrimônio adquirido durante o período de vida em comum. O regime é relativizado para evitar enriquecimento injustificado de um dos consortes em detrimento de outro. Para prevenir o mesmo mal, cabe idêntico raciocínio no caso de namoro seguido de união estável. Impositivo negar **eficácia** ao contrato prejudicial a um do par.

14.15. Indenização por serviços prestados

A indenização por serviços domésticos era um subterfúgio - aliás, nitidamente depreciativo - utilizada pela jurisprudência quando as uniões extramatrimoniais não tinham assento constitucional e eram nominadas de **concubinato**. Assim, em vez de conceder alimentos, fazia-se analogia com o **direito do trabalho** e indenizava-se o afeto como se fosse prestação laboral. Transformava-se um tempo de amor em um interregno de prestação de serviços.[53] Findo o período de convívio, encontrando-se a mulher fora do mercado de trabalho e sem condições de prover sua subsistência, para evitar que se quedasse em situação de absoluta miserabilidade, remuneravam-se os anos de dedicação ao parceiro e ao lar, deferindo-lhe indenização por serviços prestados.[54]

Esse expediente, largamente utilizado antes do reconhecimento da união estável, como entidade familiar, hoje não tem mais sentido. A partir do momento em que houve a imposição do dever de mútua assistência e foi garantido o direito a alimentos, não se pode mais falar em indenização por serviços prestados. Ao depois, como no

casamento inexiste o direito a essa espécie de remuneração pelos anos dedicados à atividade doméstica, não cabe sua concessão na união estável. Afinal, ambas são entidades de igual *status* e merecedoras da mesma tutela. Não se paga nem se compensa o grau de dedicação entre pessoas que se entregam a um relacionamento amoroso.

Porém, em face do repúdio do legislador (CC 1.727) e da própria jurisprudência em reconhecer a existência de **famílias simultâneas**, excluindo-as do âmbito do direito das famílias, imperativo garantir a sobrevivência de quem dedicou a vida a alguém que não lhe foi leal, mantendo paralelamente outro relacionamento. Como vem sendo rejeitada a concessão de alimentos, para evitar o enriquecimento injustificado do varão, e para não permitir que se livre sem responsabilidade alguma, o jeito é impor-lhe obrigação de **indenizar serviços domésticos**. Esse é o recurso que vem sendo utilizado para impedir que a companheira acabe sem meios de sobreviver, depois de anos de dedicação. Por mais que tal espécie de indenização seja alvo de críticas pelo seu caráter aviltante, que ao menos a quem deu amor seja remunerado o seu labor. É a única saída, ainda que pouco digna. Chega de premiar os homens por sua infidelidade! Mas esta não é a leitura do STJ que, depois de recomendar ao juiz que decida com base na dignidade da pessoa humana, solidariedade, afetividade, busca da felicidade, liberdade e igualdade, bem como com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade, ainda fala em sociedade de fato.[55]

14.16. A Súmula 380

À época em que as relações extramatrimoniais eram nominadas de **concubinato** e tratadas como **sociedade de fato**, o STF editou a Súmula 380.[56] Mesmo depois de a união estável merecer reconhecimento constitucional, a súmula continuou a ser invocada. Somente começou a perder prestígio quando a legislação infraconstitucional (L

9.278/96) considerou os bens adquiridos por um ou ambos os conviventes como fruto do trabalho e da colaboração comum. Por **presunção legal**, foi imposto o condomínio do patrimônio amealhado durante o período de convívio, passando a pertencer aos conviventes em partes iguais, a dar ensejo à partição igualitária. Como o Código Civil também deixou clara a aplicação do regime da comunhão parcial de bens na união estável (CC 1.725), imperioso reconhecer que o enunciado restou revogado.

Mas, já que boa parte da doutrina e a jurisprudência majoritária insistem em não reconhecer as **famílias simultâneas**, a forma de impedir o enriquecimento injustificado é continuar invocando a indigitada súmula. As mulheres são as grandes vítimas, pois só homens conseguem a façanha de manter duas famílias ao mesmo tempo.

Ver tais relacionamentos como meras **sociedades de fato**, é negar que originaram-se em um elo de afetividade. Reconhecê-los como uma sociedade com fins lucrativos revela-se como uma postura preconceituosa, pois tenta eliminar a natureza destes vínculos. O magistrado não pode arvorar-se de qualidades mágicas, de transformar uma **sociedade de afeto** em uma sociedade de fato. Tentar engessar uniões familiares no direito das obrigações, e impor-lhes as regras do direito societário, destinadas às sociedades irregulares, é puni-las com a invisibilidade, é bani-las do direito das famílias e do direito sucessório. Como questiona Paulo Lôbo: afinal, que "sociedade de fato" mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?[57]

14.17. Conversão em casamento

A Constituição recomenda que a lei **facilite** a conversão da união estável em casamento (CF 226 § 3.º). O Código Civil, no entanto, deixou de obedecer a dita recomendação ao determinar que o pedido seja dirigido ao juiz, para ser posteriormente levado ao **registro**

civil (CC 1.726). Ora, exigir a **interferência judicial** não é facilitar. É burocratizar. É onerar. Esse procedimento, às claras, em nada facilita a conversão. Ao contrário, a dificulta. Tanto é assim que a doutrina vem considerando **inconstitucional** esse dispositivo.

A transformação da união estável em casamento serve para estabelecer seu **termo inicial**, possibilitando a fixação de regras patrimoniais com efeito retroativo. Firmar **contrato de convivência** não se presta a este fim, pois não pode fazer previsões de natureza patrimonial sobre situações pretéritas. O casamento também não é a solução, em face da irretroatividade do **pacto antenupcial**, com referência período da união estável.

A conversão só é possível se não existir impedimento para o casamento. Assim, se um dos conviventes é separado de fato, não dá para casar e nem transformar a união em casamento. É necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença de divórcio.

Também não é possível a conversão após o falecimento de um dos conviventes, pois é indispensável a manifestação de ambos os conviventes.

Não trouxe a lei civil qualquer regra sobre a forma de operacionalizar a transformação da união estável em casamento. Por isso, resoluções dos tribunais estaduais regulamentam o procedimento de conversão, com a finalidade de desburocratizar o procedimento, admitindo o uso da **via administrativa**.

Existem regulamentações para todos os gostos, não havendo consonância sobre em qual livro proceder ao registro da conversão; se deve ou não ser expedido os proclamas; se são necessárias testemunhas; ou se cabe celebração pelo juiz de paz.

Mas há questões que não são enfrentadas por ninguém. Por exemplo, a partir de quando se tem o casamento por constituído: da data do protocolo do pedido, da decisão judicial ou do seu trânsito

em julgado? Tal ponto é de significativa importância. Basta aventar a possibilidade de ocorrer o falecimento de um dos conviventes depois do ingresso da ação, mas antes da sentença.

Assim, urge regulamentar a matéria em âmbito nacional.

14.18. Ação de reconhecimento e dissolução

A união estável se constitui e se extingue sem a necessidade de chancela estatal, ao contrário do que ocorre com o casamento, que depende do amém do Estado, quer para existir, quer para ter um fim. O divórcio dissolve o casamento (CC 1.571 § 2.º) e a sentença tem **eficácia desconstitutiva**. A ação de reconhecimento de união estável dispõe de carga exclusivamente **declaratória**. Limita-se a sentença a reconhecer que a relação existiu, fixando o seu termo inicial e final. É inadequado nominar a ação de **dissolução de união estável**, até porque, quando as partes vão a juízo, a união já está dissolvida. A sentença somente reconhece sua existência e identifica o período de convivência, em face de eventuais efeitos de ordem patrimonial.

Não cabe qualquer questionamento a respeito de **culpa**, até porque tal não mais cabe nem quando da dissolução do casamento. É indevida a tentativa de imputação de responsabilidade pelo desenlace afetivo mesmo quando a ação envolve questão alimentícia. Transborda os limites da demanda perquirir responsabilidades.

Geralmente o companheiro se socorre da via judicial depois de finda a união, reivindicando algum direito: ou partilha de bens, ou alimentos, ou direitos sucessórios se o vínculo findou pela morte do parceiro. No entanto, podem os companheiros buscar o reconhecimento da existência da relação, durante sua vigência de forma consensual: por meio de **escritura pública**, **justificação** judicial ou **ação declaratória**.

O STJ já admitiu ação declaratória de inexistência de união estável, promovida pela viúva contra a suposta companheira.[58] Também reconheceu a possibilidade da busca de reconhecimento da união, mesmo que tenha ocorrido posteriormente ao casamento pelo regime da separação de bens.[59]

Desde a edição da Lei 9.278/96, a **competência** para a demanda envolvendo a união estável é da **vara de família**.

Como desapareceu o foro privilegiado da mulher, a **competência** para a ação de reconhecimento ou de dissolução da união estável é a do **domicílio** do guardião do filho incapaz, do último domicílio do casal ou do domicílio do réu (CPC 53).

Falecido o companheiro, os **legitimados** para figurar na demanda, quer no polo ativo, quer no polo passivo, são os **herdeiros**, e não o espólio representado pelo inventariante (CPC 75 V). Como os reflexos do processo não são exclusivamente de ordem patrimonial, imperiosa a presença dos sucessores em nome próprio.

A ação tramita em **segredo de justiça** (CPC 189 II).

Quando existem filhos, necessariamente a ação de reconhecimento e dissolução de união estável vem cumulada com outras demandas. A lei não faz tal exigência na ação litigiosa (CPC 693), mas a faz na ação consensual, onde é preciso definir o regime de convivência com os filhos e alimentos (CPC 731 e 732). Nada justifica excluir a tutela do direito dos filhos em face da desavença dos pais.

Passou a lei a admitir a chamada **sentença parcial** (CPC 356), nada mais do que a apreciação de algumas das demandas cumuladas (ou de alguns dos pedidos, como equivocadamente diz a lei). Possível tal ocorrer em sede de dissolução da união estável. Por exemplo, definido o período de convivência, prossegue a ação quanto

aos demais pontos controvertidos. Enunciado do IBDFAM enfatiza tal possibilidade.[60]

Como há cumulação de demandas, quando da sentença, o recurso pode ter **efeitos diversos**. Sobre a verba alimentar, a apelação é recebida só no **efeito devolutivo** (CPC 1.012 II). O recurso sobre outras questões, como a convivência dos filhos ou a partilha, deve ser recebido no duplo efeito.

Para ser homologada a **dissolução consensual** da união estável, a petição inicial deve ser **assinada** por ambos os companheiros, devendo constar o que foi deliberado sobre (CPC 731): I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Se não houver acordo sobre a partilha de bens, esta poderá ocorrer depois de homologado o divórcio (CPC 731 parágrafo único).

Mesmo havendo incapazes, não precisa ser realizada **audiência conciliatória**. Somente é obrigatória a participação do **Ministério Público**.(CPC 178 II e 698).

Em face da resistência ao reconhecimento da **união simultânea ou paralela** como entidade familiar, cabe ser formulado em juízo **pedidos alternativos em caráter eventual**: a declaração de união estável ou o reconhecimento de sociedade de fato, ou, ao menos, o pagamento de indenização por serviços prestados. Quando se trata de ação de reconhecimento de **união paralela** *post mortem*, em que o falecido mantinha o vínculo de casamento, além dos herdeiros é necessária a citação do **cônjuge sobrevivente**, em face do direito de concorrência sucessória que, conforme o **regime de bens**, lhe é assegurado (CC 1.829). Trata-se de **litisconsórcio necessário**, cuja inobservância leva à nulidade do processo (CPC 114).[61]

Não é necessário formalizar a dissolução da união estável. Afinal, ela acaba com o fim da convivência. Mas, havendo interesse de ambos em formalizar o seu fim, se existir nascituro ou filhos incapazes, não é possível o uso da via **extrajudicial** por meio de **escritura pública** (CPC 733). É necessário uma demanda judicial que dispõe exclusivamente de efeito declaratório, pois a união acabou com o fim da convivência.

Visando a ação de reconhecimento da união estável tão só **benefícios previdenciários**, não é obrigatória a participação da pessoa jurídica de direito público na demanda. Sua presença é tolerada, na condição de **assistente simples** (CPC 119), o que não enseja o deslocamento da competência. Tratando-se de um estranho à lide, descabe transferir a demanda para a justiça federal ou para as varas de direito público. A competência é das varas de família ou varas cíveis onde inexistir especialização.

Se o falecido era segurado do sistema previdenciário, só é concedida **pensão por morte** ao companheiro sobrevivente: (a) se o óbito ocorreu após 24 meses de contribuição e (b) se a união teve início há mais de dois anos antes do óbito. A pensão passou a corresponder a 50% do benefício e só é vitalícia se o beneficiário tiver até 35 anos de expectativa de vida. Atualmente, se tiver 44 anos ou mais. Abaixo desta idade há todo um cálculo diferenciado, sendo que, se o sobrevivente tiver menos de 21 anos, receberá a pensão por apenas três anos (L 13.135/15).

Quando o companheiro sobrevivente requer **pensão por morte** é necessária a citação do viúvo, se ele percebe pensão, pois haverá rateio do benefício.

O **credor** do casal ou de apenas um dos companheiros não tem legitimidade para ingressar com ação declaratória de união estável, por seu interesse ser exclusivamente de ordem econômica.[62]

14.19. Partilha de bens

Na ausência de contrato de convivência elegendo algum regime de bens, expressamente é consagrado o regime da **comunhão parcial de bens** (CC 1.725). Em face da presunção de mútua assistência, é dispensada a prova do esforço individual para a divisão igualitária do patrimônio adquirido durante a união.

No regime da **separação legal de bens**, que vem sendo aplicado à união estável, se dividem os bens adquiridos durante o período de convívio, em face da Súmula 377.[63] No entanto, de forma surpreendente, passou o STJ a exigir a prova do esforço comum para assegurar a meação sobre os frutos.[64] A tendência revela a intenção de revogar a indigitada súmula.

Quando do fim da união, os companheiros podem solver as **questões patrimoniais** sem interferência da Justiça, mesmo que tenham sido adquiridos **bens imóveis**. Na hipótese de haver consenso sobre a divisão dos bens, se no título de propriedade o adquirente se qualificou como vivendo em união estável, é possível realizar a **partilha extrajudicial**. Caso contrário, nem isso é necessário.

Como não há a necessidade da intervenção estatal para sacralizar o fim da união estável - quer existam filhos mesmo incapazes - pode o casal se limitar a proceder à partilha de bens, que pode ser levada a efeito por **contrato particular**, mesmo de bens imóveis. A partilha só não dispõe de efeito perante terceiros, mas é válida e eficaz perante as partes. Todavia, havendo litígio, é acionado o Judiciário, normalmente por aquele que não está na posse do patrimônio. O objeto da ação é a identificação do período de convívio e a partição dos bens comuns.

Há a possibilidade de ser buscada a **desconsideração da personalidade jurídica-** a chamada **disregard** - para buscar bens

eventualmente escondidos em entes societários (CC 50 e CPC 133 a 137). Caso contrário, nada justifica limitar-se a sentença a afirmar a dissolução de algo já dissolvido e sujeitar as partes a outra demanda. A dilação probatória deve ser levada a efeito na mesma ação para dar ensejo a uma única sentença.

Na inicial, o autor deve descrever os bens e já formular sua **proposta departilha**. A sentença, além de extremar o período de vigência da união estável, define e divide os bens comuns. De todo viciosa a prática que vem se consolidando de delegar à fase de **liquidação da sentença** a própria identificação dos bens. Muitas vezes, inclusive, a **partilha** é relegada a nova ação pelo rito do inventário (CPC 610 a 674). Com esses desdobramentos, praticamente são geradas mais duas demandas, que exigem dilação probatória, o que acaba perpetuando a presença das partes em juízo.

Melhor atende ao interesse de todos que em única demanda já fiquem solvidas todas as questões: a definição do termo inicial e final da união estável; a identificação do acervo patrimonial comum; e a sua divisão. Somente quando há questões outras cabe a delegação de alguns pontos para outras ações, como, por exemplo, a apuração dos haveres de alguma sociedade comercial que não pertence exclusivamente às partes.

14.20. Obrigação alimentar

Tanto os companheiros, quanto os cônjuges têm direito de pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem (CC 1.694). Com o fim da separação, o tema da **culpa** desapareceu. Os dispositivos legais que limitavam o valor dos alimentos a favor do cônjuge culpado restaram derrogados (CC 1.702 e 1.704).

A obrigação alimentar não se restringe somente entre os companheiros. Solvida a união, persiste o **vínculo de afinidade** em linha reta do companheiro com os pais e os filhos do outro (CC 1.595 §

2.º). Ou seja, a afinidade gera **relação de parentesco** que se perpetua depois do fim da união. Como os parentes têm obrigação alimentar (CC 1.694), tanto o ex-companheiro pode pedir alimentos ao pai do outro, como este pode pedir alimentos àquele. A tese é nova, difícil de ser aceita, mas que é defensável, é.

Para o companheiro propor ação de alimentos (L 5.478/68), precisa dispor de **prova pré-constituída** da união ou indícios que levem ao reconhecimento de sua existência. Caso contrário, inviável o uso da ação especial que exige a exibição do vínculo obrigacional.

Na ausência de tal prova, somente é possível o uso da ação de rito ordinário. No entanto, em face da possibilidade de concessão de **tutela de urgência** (CPC 300), basta a prova que convença da verossimilhança do direito, para que sejam postulados alimentos, a título provisório, eis que é possível a antecipação dos efeitos condenatórios e executivos de eventual sentença de procedência.[65]

A solução é intentar ação de reconhecimento de união estável cumulada com ação de alimentos. Havendo indícios da existência da união, bem como a comprovação da possibilidade de um e a necessidade do outro, cabe a concessão de alimentos provisórios. Ainda que os alimentos sejam fixados exclusivamente na sentença, depois de seu trânsito em julgado, os alimentos têm efeito retroativo à data de citação (LA art. 13 § 2.º).

O **recurso** que ataca a sentença de dissolução da união deve ser recebido em ambos os efeitos. Tendo havido a condenação em alimentos, apesar do que diz a lei (CPC 1.012 II e LA 14), há muito está consolida a jurisprudência no sentido de deferir efeito também suspensivo à apelação, quer tenha ela concedido, aumentado, diminuído ou excluído os alimentos.

14.21. Tutelas provisórias

Aplicam-se à união estável todas as tutelas provisórias, de urgência, cautelar ou antecipadas (CPC 294 a 299) que podem ser utilizadas em razão do casamento. Embora a união estável finde com a cessação da vida em comum, nem sempre o afastamento de um dos conviventes da morada em que residem ocorre de forma consensual. Assim, possível o pedido de **separação de corpos** (CC 1.562). Como esta providência tem efeitos outros, é admissível até mesmo quando o casal já se encontra separado. Pode ser utilizada para o fim de chancelar a incomunicabilidade patrimonial, demarcando o fim da relação. Igualmente, o pedido de **autorização de afastamento**, para que um do par se retire do domicílio, é cabível em sede de união estável. Essa cautela justifica-se para prevenir eventuais responsabilidades e chancelar o término do estado condominial de bens.

Também é viável o pedido de **reserva de bens** (CPC 628 § 2º) no inventário do convivente falecido, para resguardar os direitos pleiteados pelo companheiro sobrevivente enquanto tramita a ação declaratória de reconhecimento da união.

Leitura complementar

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

IVANOV, Simone Orodeschi. *União estável:* regime patrimonial e direito intertemporal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Euclides. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito de família*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 150-170 (Direito Civil, vol. 7).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

______. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 195-243.

1

Rodrigo da Cunha Pereira, Da união estável, 274.

2

Adauto Suannes, As uniões homossexuais e a L 9.278/96, 29.

3

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 263.

4

Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

5

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 258.

6

Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto..., 502.

7

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 95.

8

STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

9

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 106.

10

Enunciado 3 do IBDFAM: Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.

11

Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 175.

12

Paulo Lôbo, A concepção da união estável como ato-fato jurídico:..., 101.

13

Rodrigo da Cunha Pereira, Tratado de Direito das Famílias, 206.

14

Rodrigo da Cunha Pereira, Concubinato e união estável, 112.

15

Rodrigo da Cunha Pereira, Da união estável, 270.

16

Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 7.

17

Thiago Felipe Vargas Simões, A emancipação decorrente da união estável:..., 46.

18

Lenio Luiz Streck, Hermenêutica jurídica e(m) crise, 97.

19

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 193.

20

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 101.

21

Zeno Veloso, União estável, 69.

22

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Entidade familiar. Requisitos do art. 1.723 do CC demonstrados. Convivência pública e notória. Intenção de constituir família. Dependência econômica. Sentença mantida. 1. A união estável deve ser comprovada com a exteriorização da *affectio maritalis* do casal (a convivência pública, notória, pautada na afetividade mútua e na intenção de constituir família). 2. O requisito do "objetivo de constituição de família" deve ser analisado em cada caso concreto. A união estável tem início com o elemento afetividade e se perpetua com a mútua assistência, sendo o casal conhecido no meio social em que vive como um par, como se marido e mulher fossem. 3. Demonstrados pelas provas documentais e testemunhais, a conotação de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação, com o propósito do casal de constituir família, engendrando esforços comuns e indicativos dessa finalidade, indo muito além de um estágio de namoro, deve-se reconhecer a união estável. (TJMG, AC 1.0105.10.014670-0/002, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Washington Ferreira, p. 01/07/2013).

23

Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto..., 502.

24

Alteração de registro civil de nascimento. União estável. Inclusão. Patronímico. Companheiro. Impedimento para casamento. Ausente. Causa suspensiva. Aplicação análogica das disposições relativas ao casamento. Anuência expressa. Comprovação por documento público. Ausente. Impossibilidade. (...) 2. Discussão relativa à necessidade de prévia declaração judicial da existência de união estável para que a mulher possa requerer o acréscimo do patronímico do seu companheiro. (...) 6. O art. 57, § 2.º, da L 6.015/73 não se presta para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para qual foi destinada a referida norma. Devem ter aplicação analógica as disposições específicas do Código Civil, relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos. 7. Em atenção às peculiaridades da união estável, a única ressalva é que seja feita prova documental da relação, por instrumento público, e nela haja anuência do companheiro que terá o nome adotado, cautelas dispensáveis dentro do casamento, pelas formalidades legais que envolvem esse tipo de relacionamento, mas que não inviabilizam a aplicação analógica das disposições constantes no Código Civil, à espécie. 8. Primazia da segurança jurídica

que deve permear os registros públicos, exigindo-se um mínimo de certeza da existência da união estável, por intermédio de uma documentação de caráter público, que poderá ser judicial ou extrajudicial, além da anuência do companheiro quanto à adoção do seu patronímico. 9. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1306196/MG, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/10/2013).

25

Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 191.

26

União estável putativa. Partilha de bens. Majoração de alimentos. Apelação autora. Reconhecimento da união. A confissão da apelante de que ficou sabendo somente "no processo" que o apelado estava em processo de separação com a esposa do Tocantins, as idas e vindas do réu, a distância entre os estados da federação e o processo de separação do casamento; corroboram a tese de que a apelante não sabia que o réu era casado, vivendo uma "união estável putativa", a qual, em analogia ao "casamento putativo", deve receber as consequências jurídicas similares às da união estável. Precedentes jurisprudenciais. Partilha de bens. Não vindo prova da propriedade imobiliária adquirida no curso da união, viável a partilha somente dos direitos decorrentes de contrato particular de compra e venda de imóvel. Parcialmente provido o recurso no ponto. Alimentos à filha do casal O valor dos alimentos em dois salários mínimos é adequado, pois não se sabe exatamente qual é a possibilidade econômica do alimentante, bem como se trata de valor razoável, em face das necessidades normais de uma menina de 10 anos. Desprovido no ponto. Apelação réu. Alimentos. Considerando que o Apelante pagou à Alimentanda o valor equivalente a 02 (dois) salários mínimos desde que foram fixados provisoriamente nos autos, e os sinais da sua riqueza apontam ter condições de suportar tal importância, não há razão para reduzir o valor arbitrado na sentença. Logo, deve ser confirmada a sentença relativamente à pensão alimentícia de 02 salários mínimos. Deram parcial provimento à apelação da autora e negaram provimento à apelação do réu. (TJRS, AC 70060165057, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 30/10/2014).

27

Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 190.

28

Enunciado 20 do IBDFAM: O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba

alimentar, incorre na conduta descrita no art. 7º, inc. IV da Lei nº 11.340/2006 (violência patrimonial).

29

União estável. Reconhecimento. Ausência de coabitação das partes. Desnecessidade. Violação ao art. 1.723 do CC não configurada. (...) 1. É pacífico o entendimento de que a ausência de coabitação entre as partes não descaracteriza a união estável. Incidência da Súmula 382/STF. (...) 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp 1096324-RS (2008/0218640-0), 4.ª T., Rel. Des. conv. TJAP Honildo Amaral de Mello Castro, j. 02/03/2010).

30

Súmula 382 do STF: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

31

A alegação do concubinato do investigado com a mãe do investigante era uma das hipóteses admitidas pela lei para a ação de investigação de paternidade (CC/1916 363 I).

32

Reconhecimento de união estável c/c dissolução. Convivência duradora, pública e com o intuito de constituição de família. Requisitos que autorizam a outorga da proteção legal pretendida. Infidelidade do varão que não possui o condão de afastar a legitimidade da união, nem obstar o seu reconhecimento. *Affectio societatis* demonstrado. Sentença integralmente mantida para reconhecer a união estável havida entre a autora e o falecido, nos oito anos anteriores ao falecimento deste. Recurso conhecido e improvido. (TJSE, AC 2012215109, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, j. 17/09/2012).

33

Recurso especial. *Nomen iuris*. Demanda. Princípio romano *damihi factum dado tibi jus*. Aplicação. União estável. Entidade familiar. Reconhecimento do ordenamento jurídico. (...) Presunção de concepção dos filhos na constância do casamento. Aplicação ao instituto da união estável. Necessidade. Esfera de proteção. Pai companheiro. Falecimento 239 (duzentos e trinta e nove) dias após o nascimento de sua filha. Paternidade. Declaração. Necessidade. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.194.059/SP (2010/0085808-2), 3.ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06/11/2012).

34

Francisco José Cahali, Contrato de convivência na união estável, 7.

35

Recurso especial. Direito patrimonial de família. União estável. Alienação de bem imóvel adquirido na constância da união. Necessidade de consentimento do companheiro. Efeitos sobre o negócio celebrado com terceiro de boa-fé. 1. A necessidade de autorização de ambos os companheiros para a validade da alienação de bens imóveis adquiridos no curso da união estável é consectário do regime da comunhão parcial de bens, estendido à união estável pelo art. 1.725 do CCB, além do reconhecimento da existência de condomínio natural entre os conviventes sobre os bens adquiridos na constância da união, na forma do art. 5º da Lei 9.278/96, Precedente. 2. Reconhecimento da incidência da regra do art. 1.647, I, do CCB sobre as uniões estáveis, adequando-se, todavia, os efeitos do seu desrespeito às nuanças próprias da ausência de exigências formais para a constituição dessa entidade familiar. 3. Necessidade de preservação dos efeitos, em nome da segurança jurídica, dos atos jurídicos praticados de boa-fé, que é presumida em nosso sistema jurídico. 4. A invalidação da alienação de imóvel comum, realizada sem o consentimento do companheiro, dependerá da publicidade conferida a união estável mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência união estável no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou pela demonstração de má-fé do adquirente. 5. Hipótese dos autos em que não há qualquer registro no álbum imobiliário em que inscrito o imóvel objeto de alienação em relação a co-propriedade ou mesmo à existência de união estável, devendo-se preservar os interesses do adquirente de boa-fé, conforme reconhecido pelas instâncias de origem. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1.424.275/MT (2012/0075377-7), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04/12/2014).

36

Wania Triginelli, A interface entre o direito de família..., 680.

37

Contrato de locação. Fiança. Fiadora que convivia em união estável. Inexistência de outorga uxória. Dispensa. Validade da garantia. Inaplicabilidade da Súmula 332/STJ. 1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles. 2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção

do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição. 3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica. 4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. 5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável. 6. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.299.866/DF, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/02/2014).

38

Súmula 332 do STJ: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

39

Embargos de terceiros. Bens penhorados. Propriedade de terceiros demonstrada. União estável. Existência de pacto celebrado entre os companheiros dispondo sobre o regime de bens. 1. Mesmo que os companheiros tenham celebrado contrato de convivência, não estabeleceram, objetivamente, que o regime de bens a ser adotado seria o da separação de bens, motivo pelo qual tem incidência o regime legal, que é o da comunhão parcial. 2. Tratando-se de veículos adquiridos na constância da união estável, cabível é a penhora desses bens na ação de execução de alimentos movida contra o companheiro, pois os veículos pertencem ao casal, ainda que registrados apenas em nome da recorrente. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70055840300, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 18/09/2013).

40

Recurso especial. Direito de família. União estável. Contrato de convivência. (...) Regime obrigatório de separação de bens no casamento. Inciso II do art. 1.641 do CC/02. Aplicação na união estável. Aferição da idade. Época do início do relacionamento. (...) 2) pretensão de se atribuir efeitos retroativos a contrato de convivência. Impossibilidade. (...) 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei nº 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. (...) 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos. (STJ, REsp 1.383.624/MG (2013⁄0146258-6), 3.ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 02/06/2015).

41

Francisco José Cahali, Contrato de convivência na união estável, 55.

42

Idem, 306.

43

Rolf Madaleno, A retroatividade restritiva do contrato de convivência, 149.

44

Recurso especial. União estável. Contrato de convivência. (...) 2) Pretensão de se atribuir efeitos retroativos a contrato de convivência. impossibilidade. recurso especial da ex-companheira não provido. (...) 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos. (STJ, REsp 1.383.624/MG, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, p. 12/06/2015).

45

[45] Antônio Carlos Mathias Coltro, Referências sobre o contrato de união estável, 429.

46

CNJ Provimento 37/14.

47

União estável não configurada. (...) 1. União estável prévia ao casamento. Inexistente no processo suficiente prova de que o relacionamento havido pelos litigantes antes do casamento foi uma união estável. Atualmente, a circunstância de pessoas compartilharem o leito, viajarem juntas, conviverem na intimidade das famílias em momentos sociais são práticas próprias dos namoros da vida moderna. No caso dos autos, não é a simples circunstância de eles não terem habitado sob o mesmo teto que desconfigura o relacionamento. Mas a perspectiva de que, mesmo em locais distantes, não havia uma residência familiar definida como seu lar e onde estavam cotidianamente em suas folgas ou férias. Considerando-se os sutis limites entre uma relação de namoro e uma união estável é na intenção de constituir família, vivendo em tudo e perante todos como se casados fossem, que se vai encontrar o elemento anímico que distingue a união estável de outras formas de relacionamento em que afetividade e intimidade estão presentes. (TJRS, AC 70054895271, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 01/08/2013).

48

Silvio Venosa, *Contratos afetivos*:..., 83.

49

Recurso especial e recurso especial adesivo. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, alegadamente compreendida nos dois anos anteriores ao casamento, c.c. partilha do imóvel adquirido nesse período. 1. Alegação de não comprovação do fato constitutivo do direito da autora. Prequestionamento. Ausência. 2. União estável. Não configuração. Namorados que, em virtude de contingências e interesses particulares (trabalho e estudo) no exterior, passaram a coabitar. Estreitamento do relacionamento, culminando em noivado e, posteriormente, em casamento. 3. Namoro qualificado. Verificação. Repercussão patrimonial. Inexistência. 4. Celebração de casamento, com eleição do regime da comunhão parcial de bens. Termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada, para constituir, efetivamente, um núcleo familiar, bem como comunicar o patrimônio haurido. Observância. Necessidade. 5. Recurso especial provido, na parte conhecida; e recurso adesivo prejudicado. (STJ, REsp 1.454.643/RJ, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03/03/2015).

50

Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e união estável*, 19.

51

Pablo Stolze, *Novo curso de direito civil*, 437.

52

João Henrique Miranda Soares Catan, *O réquiem dos contratos de namoro*.

53

Carlos Alberto Menezes Direito, *Da união estável no novo Código Civil*, 48.

54

União estável. Indenização por serviços domésticos. Relacionamento aperfeiçoado antes da L 8.971/94. Ausência de patrimônio comum a partilhar. Indenização devida. Dano moral. Incidência da Súmula 7. Alimentos. Substituição por usufruto de imóvel do devedor. Cabimento. 1. A jurisprudência do STJ sufraga entendimento segundo o qual, quando a união estável tiver sido constituída e desfeita antes da lei que a regulamentou pela vez primeira (L 8.971/94), se inexistente patrimônio adquirido com esforço comum, faz jus a companheira a indenização por serviços domésticos prestados ao companheiro. 2. O acórdão recorrido não reconheceu por provado nenhum fato que ensejaria qualquer abalo emocional à recorrente, conclusão que não se desfaz sem o reexame de provas. Pretensão a indenização por dano moral que encontra óbice na Súmula 7. 3. É cabível a substituição de alimentos devidos à companheira por usufruto do imóvel de titularidade do devedor, por força do art. 21, § 1.º, da Lei do Divórcio. 4. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, REsp 855.963/PR (2006/0114228-8), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/05/2011).

55

Recurso especial. Família. Ação de reconhecimento de união estável. Relação concomitante. Dever de fidelidade. Intenção de constituir família. Ausência. (...) 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a

participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.348.458/MG, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2014).

56

Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

57

Paulo Lôbo, *Entidades familiares constitucionalizadas*:..., 100.

58

União estável. Ação declaratória. Legitimidade. A viúva tem legitimidade para promover ação declaratória de inexistência de união estável do seu falecido marido com a ré. A convivência entre duas pessoas é um fato; a união estável é conceito jurídico que pode ou não definir essa relação. Cabe ação declaratória para reconhecer a inexistência da relação jurídica que se conceitua legalmente como união estável. Recurso não conhecido. (STJ, REsp 328.297/RJ, 4.ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16/10/2001).

59

União estável. Casamento posterior. Regime de separação de bens. Patrimônio adquirido durante a sociedade de fato. Partilha. Existência de interesse de agir. 1. Existe interesse jurídico na declaração de união estável vivenciada pela parte autora e pelo *de cujus* em momento anterior ao casamento celebrado sob o

regime da separação de bens, bem como na partilha de bens eventualmente adquiridos pelo esforço comum durante a sociedade de fato. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 680.980/DF, 4.ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/09/2009).

60

Enunciado 18 do IBDFAM: Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

61

[61] Ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens ajuizada em face de homem casado sob o regime de comunhão universal. Partilha de bens imóveis. Existência de litisconsórcio passivo necessário em relação à esposa do recorrente. Violação ao art. 47 do CPC configurada. 1. Em ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens imóveis ajuizada em face de homem casado sob o regime da comunhão universal, deve a esposa figurar no polo passivo da demanda, ante o litisconsórcio passivo necessário. 2. Na hipótese, os bens imóveis foram adquiridos na constância do casamento, impondo-se a citação do cônjuge, que é coproprietário, na forma do art. 47 do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp 885.951/RN, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/05/2009).

62

Recurso especial. Ação declaratória de existência de união estável legitimidade ativa. Exclusiva. Sujeitos da relação. *Affectio societatis* familiar. Efeitos pessoais e patrimoniais. Elemento subjetivo. Constituição de família. Credor. Interesses reflexos e indiretos. Ausência de legitimidade. (...) 2. Discussão relativa à legitimidade ativa de credor para propositura de ação declaratória de união estável entre o devedor e terceiro. 3. A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros, sendo dispensável a formação de patrimônio comum. 4. A legitimidade, como condição da ação, implica a existência de uma relação de pertinência subjetiva entre o sujeito e a causa, ou seja, uma relação de adequação legítima entre o autor da ação e a tutela jurisdicional pretendida. 5. Nas ações de reconhecimento de união estável, o objetivo é alcançar a declaração judicial da existência de uma sociedade afetiva de fato, e essa pretensão encontra amparo no ordenamento jurídico, ainda que seja de cunho meramente

declaratório. 6. Todos os efeitos da declaração de união estável guardam íntima relação de pertinência subjetiva com o próprio casal, titulares da relação jurídica que pretendem ver declarada. 7. Compete exclusivamente aos titulares da relação que se pretende ver declarada, a demonstração do *animus*, ou seja, do elemento subjetivo consubstanciado no desejo anímico de constituir família. 8. Ainda que possa haver algum interesse econômico ou financeiro de terceiro credor no reconhecimento da união estável, ele terá caráter reflexo e indireto, o que não justifica a sua intervenção na relação processual que tem por objetivo declarar a existência de relacionamento afetivo entre as partes. 9. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.353.039/MS, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/11/2013).

63

Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

64

Agravo regimental no agravo em recurso especial. União estável. Partilha. Bens adquiridos na constância da convivência. Necessidade de demonstração do esforço comum. Precedente. Alterar a conclusão da instância ordinária de que não houve a demonstração do esforço comum na aquisição do patrimônio. Reexame de provas. Necessidade. Incide a súmula nº 7 do STJ. Agravo regimental não provido. 1. A Terceira Turma do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.403.419/MG, julgado aos 11/11/014, da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, firmou o entendimento de que a Súmula nº 377 do STF, isoladamente, não confere ao companheiro o direito de meação aos frutos produzidos durante o período de união estável independentemente da demonstração do esforço comum. (...) 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 675.912/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 02/06/2015).

65

[65] Sérgio Gilberto Porto, Doutrina e prática dos alimentos, 70.

15. FAMÍLIA HOMOAFETIVA

SUMÁRIO: 15.1 Tentativa conceitual - 15.2 Previsão constitucional -15.3 Omissão legal - 15.4 Via judicial - 15.5 Avanços jurisprudenciais - 15.6 As decisões das Cortes Superiores - 15.7 Legalização - 15.8 Estatuto da Diversidade Sexual - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226; L 11.340/06 (Lei Maria da Penha), 2.º e 5.º parágrafo único; L 12.852/13 (Estatuto da Juventude) 17, II, 18, III - PECs 110 e 111/11; CNJ Resolução 175/13; Provimento CNJ 37/14; Resolução 2.121/15 CFM (Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida); Estatuto da Diversidade Sexual.

15.1. Tentativa conceitual

Historicamente a **família** é identificada como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos "sagrados" laços do **matrimônio**. É tão arraigada essa ideia, que a Constituição, ao assegurar proteção especial à família e ao casamento, nada diz sobre a diversidade sexual do par. O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homoafetivo.

A homossexualidade sempre existiu. Não é **crime** nem **pecado**; não é uma **doença** nem um **vício**. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social. A origem da homossexualidade, não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se

buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal.

De forma sensível observa Giselda Hironaka que as verdades inteiras são perigosas exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído de molde a não permitir reorganizações, remodelações, rearranjos. É mais seguro, por certo, não mexer muito nas coisas ou nas ideias, pois tudo o que contém dentro de um formato imutável, tende a parecer mais seguro. Deve decorrer daí a ideia de segurança jurídica, este padrão aprisionador de concepções, este denominador comum de repetição, este paradigma inacreditavelmente inamovível. Numa ideia assim - restrita e fechada, e por isso mesmo segura - não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir apenas o justo. Parece que, neste tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a justiça segura à justiça justa.[1]

Tanto a orientação homossexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças - CID está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo "homossexualismo" foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo "ismo" significa doença, enquanto o sufixo "dade" quer dizer modo de ser.

Em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias. A igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: crescei e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais foi o que levou ao repúdio e à marginalização.

O legislador, com medo de desagradar seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Não há outra justificativa para as uniões homossexuais

serem marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito.

Foi no âmbito do Judiciário que, com o nome de uniões **homoafetivas**,[2] o relacionamento entre iguais mereceu reconhecimento. Esta expressão insere também as famílias constituídas, independente da **identidade de gênero** dos seus integrantes. E talvez por isso seja melhor falar em famílias LGBTI.

15.2. Previsão constitucional

A Constituição Federal esgarçou o conceito de família. Ao trazer o conceito de **entidade familiar**, reconheceu a existência de relações afetivas fora do casamento (CF 226). Emprestou especial proteção tanto ao casamento como à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.[3] Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um **vínculo afetivo**, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras da tutela legal.

Conforme Paulo Lôbo, na Constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as Constituições anteriores.[4] Com isso está sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. E conclui de modo enfático: *a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é **norma de inclusão**, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família - que dispõe de um conceito plural -*

a entidade familiar homoafetiva.[5] E, na inexistência de regra restritiva, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar

O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura *o* exercício dos direitos sociais e individuais: direito à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5.º): *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*.

Diante das garantias constitucionais, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo e suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.

Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de **família**. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para qualquer diferenciação, por não ser requisito para o reconhecimento da entidade familiar.

De outro lado, o argumento de que o legislador constitucional impôs à união estável o requisito da diversidade de sexo é insuficiente para concluir que vínculos homoafetivos devam ser ignorados ou não possam ser protegidos. A diversidade de sexo e a capacidade

procriativa não são elementos essenciais para se reconhecer a entidade familiar como merecedora da especial tutela do Estado.[6]

De outro lado, homossexuais tem sim a possibilidade de constituírem família com **filhos**. Expressamente, a Resolução do Conselho Federal de Medicina[7] autoriza acesso às técnicas de **reprodução assistida** independente da orientação sexual. Resoluções de alguns estados tem autorizado o registro em nome dos pais, independente de ação judicial.[8]

15.3. Omissão legal

O repúdio social a segmentos marginalizados acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em chancelar lei que vise a proteger quem a sociedade rejeita. Omitem-se na vã tentativa de excluir da tutela jurídica as minorias alvo da discriminação. Nada mais do que uma perversa condenação à invisibilidade.

Diante da omissão legal, muitos juízes resistiam em emprestar-lhes juridicidade. Interpretavam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito.

Daí a iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil de elaborar o projeto do **Estatuto da Diversidade Sexual**, que está na fase de coleta de assinaturas para ser apresentado por iniciativa popular. Trata-se de um microssistema - moderna forma de legislar em prol de segmentos vulneráveis - que traz princípios, incorpora todos os direitos já reconhecidos pela jurisprudência e criminaliza a homofobia.

Também foram criadas Comissões da Diversidade Sexual junto ao Conselho Federal e em inúmeras Seccionais estaduais e Subseções, com a finalidade de capacitar os advogados a atuarem nas

demandas envolvendo os direitos da população LGBTI. Afinal, trata-se de um novo ramo do direito.

15.4. Via judicial

A omissão do legislador leva ao surgimento de um círculo perverso. Diante da inexistência de norma jurídica concessiva de direitos, há juízes que tendem a rejeitar a tutela jurídica, considerando como eloquente o silêncio da lei.

Porém, a própria lei reconhece a existência de **lacunas** no sistema legal, o que não autoriza o juiz a ser omisso. A determinação é que julgue (CPC 140*): O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.* A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro inclusive aponta as ferramentas a serem utilizadas (LINDB 4.º): analogia, costumes e princípios gerais de direito. Também o seu art. 5.º indica um rumo para o juiz: deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais.[9]

Toda vez que o juiz nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei, desrespeita a própria lei e deixa de cumprir com o seu dever. Não lhe cabe julgar as opções de vida das partes e chegar a resultado que enseje enriquecimento injusto de uma das partes, o que fere a **ética** que deve nortear as relações interpessoais. Deve apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se, no seu compromisso de encontrar uma solução justa.

A partir do reconhecimento de que as uniões homoafetivas constituem entidade familiar, foi assegurado aos homossexuais acesso ao **casamento**. Submetem-se os noivos aos mesmos impedimentos e restrições legais. No entanto, há que se atentar à hipótese do casamento entre parentes colaterais de terceiro grau (por exemplo,

entre tio e sobrinho), que recebe o feio nome de **casamento avuncular**. (CC 1.521 IV). No entanto, admite a justiça que permanece em vigor o DL 3.200/41, que autoriza o casamento, mediante **autorização judicial**, desde que perícia confirme inexistir inconveniente do ponto de vista da sanidade e da saúde dos noivos e da prole.

Como o casamento homoafetivo não dispõe de **capacidade** pode ser admitido sem a necessidade de autorização judicial ou exame médico.[10]

15.5. Avanços jurisprudenciais

Em um primeiro momento, apesar de não se tratar de vínculo empregatício, a Justiça deferia a um dos parceiros da união de pessoas do mesmo sexo **indenizaçãoporprestaçãodeserviços**.[11] Depois passou a conferir apenas efeitos de ordem patrimonial, intitulando as uniões homossexuais de **sociedades de fato** (CC 981): *Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*. Visualizava-se exclusivamente um vínculo negocial, e não uma relação afetiva com características de uma família. Ora, chamar as uniões homoafetivas de pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato, as inserindo no direito obrigacional, as excluía do manto protetivo do direito das famílias, o que acabava por afastar os direitos sucessórios e previdenciários.

A mudança começou pela Justiça gaúcha, ao definir, em 1999, a **competência** dos juizados especializados da família para apreciar as ações referentes à união das pessoas do mesmo sexo. Também foi do Rio Grande do Sul a decisão que, em 2001, pela vez primeira, reconheceu a união homoafetiva como **entidade familiar**, deferindo a **herança** ao parceiro sobrevivente.[12]

A partir daí as decisões proliferaram Brasil a fora, concedendo todos e iguais direitos,[13] com exceção do acesso ao casamento.

15.6. As decisões das Cortes Superiores

São as manifestações dos tribunais superiores que balizam o entendimento das demais instâncias, daí o seu enorme significado.

Data do ano de 1998 a primeira decisão do **Superior Tribunal de Justiça** - STJ que, afirmando a existência de sociedade de fato, assegurou ao parceiro homossexual a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum.[14] A partir daí sempre foi exigida a prova da mútua colaboração.[15]

O **Superior Tribunal Eleitoral** reconheceu a existência de uma união estável homossexual ao estender a inelegibilidade à parceira do mesmo sexo de uma ocupante de cargo eletivo,[16]

Data do ano de 2010 a decisão do STJ[17] que deferiu à parceira homossexual a **adoção unilateral** dos filhos que haviam sido adotados pela companheira, uma vez que haviam planejado adotá-los em conjunto.

Em 05/05/2011, o STF acolheu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade,[18] reconhecendo as uniões homoafetivas como **entidadesfamiliares** com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis. A histórica decisão, proferida por unanimidade, dispõe de **eficácia contra todos** e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF 102 § 2.º). A desobediência dá ensejo a pedido de reclamação diretamente no STF.

A partir dessa decisão começou a jurisprudência a admitir a **conversãodaunião homoafetiva em casamento**,[19] até que o STJ deferiu a **habilitação diretapara o casamento**.[20] Resolução do CNJ[21] proibiu às autoridades competentes recusarem a habilitação, a celebração do casamento civil ou a conversão da união estável em casamento. Como diz Rosa Maria de Andrade Nery, é um arremedo da solução jurídica que o parlamento deveria dar, com completa solução sistemática das questões de família e de sucessões que a matéria sugere.[22]

As poucas resistências remanescentes acabaram e, atualmente, casamentos vêm ocorrendo, inclusive de forma coletiva, muitos promovidos pelo próprio Poder Judiciário.

O STF acabou reconhecendo a existência de **repercussão geral** sobre a existência de uniões homoafetivas.[23]

Provimento do CNJ[24] autorizou o **registro** das uniões estáveis, inclusive entre pessoas ado mesmo sexo, no Livro "E" do Registro Civil das Pessoas Naturais, do domicílio dos companheiros. Tanto as uniões formalizadas por escritura pública como em decorrência de decisão judicial, podendo ser registrada não só a constituição, mas também a sua dissolução.

15.7. Legalização

O conceito de família trazido pela **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06) insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas formadas por duas mulheres. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Diz o seu art. 2.º: *Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual* [...] *goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*. O parágrafo

único do art. 5.º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. A previsão tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são reconhecidas como entidade familiar.[25] Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família.

Pela primeira vez foi consagrada, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.[26] Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem expressamente ao abrigo da Lei Maria da Penha, vem a jurisprudência concedendo-lhes medidas protetivas, quando existe uma relação assimétrica entre eles. Basta invocar o princípio da igualdade. A entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto.[27]

Ao conceder a lei mecanismos de proteção à mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestis e às transexuais que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam a especial proteção.

A partir da nova definição de entidade familiar, trazida pela Lei Maria da Penha, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo.

Outra referência legal à população LGBTI se encontra no **Estatuto da Juventude** (L 12.852/13) que, ao tratar do direito à diversidade e à igualdade, assegura a todo jovem o direito de não ser discriminado por motivo de orientação sexual. Impõe ao Poder Público a inclusão do tema da orientação sexual e de gênero na formação

dos profissionais da educação, da saúde, da segurança pública e dos operadores do Direito (17 II e 18).

A realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais. As uniões homoafetivas já galgaram o *status* de unidade familiar. A legislação apenas acompanha essa evolução para permitir que, na ausência de sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade física e psíquica dos membros de qualquer forma de família.[28]

15.8. Estatuto da Diversidade Sexual

A Ordem dos Advogados do Brasil criou uma Comissão Nacional e Comissões de Diversidade Sexual em todo o país. Com a colaboração dos movimentos sociais foi elaborado o Estatuto da Diversidade Sexual, que consagra uma série de prerrogativas e os direitos que vêm sendo reconhecidos pelo Poder Judiciário a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

O anteprojeto tem a estrutura de um **microssistema**, moderna técnica de inclusão de segmentos alvo da vulnerabilidade social no âmbito da tutela jurídica. Trata-se de lei temática que enfeixa princípios, normas de conteúdo material e processual, além de dispositivos de natureza civil e penal. É assegurado o reconhecimento das uniões homoafetivas no âmbito do direito das famílias, sucessório, previdenciário e trabalhista. Além de criminalizar a homofobia, é determinada a adoção de políticas públicas de inclusão, na tentativa de reverter tão perverso quadro de omissões e exclusões sociais. Em anexo ao Estatuto da Diversidade Sexual, são identificados os dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados, acrescentados ou suprimidos, única forma a harmonizar todo o sistema legal.

A OAB também elaborou a proposta de alteração de sete dispositivos da Constituição Federal, que deram origem a três **Propostas de Emenda Constitucional**.

As PEC foram entregues ao Congresso Nacional. Duas delas, sob a relatoria da Sen. Marta Suplicy, se encontram em tramitação no Senado Federal.[29] Uma **proíbe discriminação** por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho. Outra substitui a licença-maternidade e a licença-paternidade pela **licença-natalidade**, com o prazo de 180 dias. Os primeiros 15 dias da licença serão usufruídos por ambos os pais e o período restante, por qualquer deles, da forma como deliberarem. A terceira PEC, que assegura acesso ao **casamento igualitário**, foi apresentada pelo Deputado Jean Wyllys à Câmara dos Deputados, mas ainda não alcançou o número de adesões necessárias.

Diante da enorme repercussão alcançada pela Lei da Ficha Limpa, foi desencadeado o movimento para angariar adesões e apresentar o Estatuto da Diversidade Sexual por iniciativa popular. Para isso é necessária a assinatura de um por cento do eleitorado, cerca de um milhão e meio de cidadãos.[30]

Apesar da dificuldade de se chegar a esses números, esta é a melhor forma de a sociedade reivindicar tratamento igualitário a todos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. É a primeira vez que ocorre uma movimentação social pela aprovação de uma lei que assegure direitos à população LGBTI.

Afinal, todos precisam ter sensibilidade para ver a realidade social e ouvir o clamor de quem só quer ter assegurado o direito de ser feliz.

Leitura complementar

BÜRGUER, Marcelo L. Francisco de Macedo. Guarda, visitas e alimentos nas famílias homoparentais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 381-398.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 82-87.

______ (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

______. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Ação declaratória de união estável homossexual: possibilidade jurídica da pretensão. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, ano VIII, n. 39, p. 79-97, dez.-jan. 2007.

______. Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 69-102.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil. Da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

1

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Sobre peixes e afetos, 426.

2

[2] Esse neologismo foi cunhado na primeira edição da minha obra União homossexual: o preconceito e a justiça, do ano de 2000.

3

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 95.

4

Constituição Federal de 1967-1969, art. 175.

5

Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas:..., 95.

6

Idem, 117.

7

Resolução CFM 2.013/13.

8

Prov. 54/14 do TJ do Mato Grosso, Prov. Conjunto 8/14 do TJ da Bahia; Prov. 01/ 2015 de Santos - São Paulo; Prov. 21/2015 do TJ de Pernambuco. (textos disponíveis no site www.direito homoafetivo.com.br_

9

[9] Zeno Veloso, Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil..., 92.

10

José Fernando Simão, Casamento avuncular homoafetivo? Casamento entre tios e sobrinhos.

11

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de família brasileiro, 197.

12

TJRS, AC 70001388982, 7.ª C. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/ 03/2001.

13

Decisões disponíveis no site: www.direitohomoafetivo.com.br.

14

STJ, REsp 148.897/MG, 4.ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998.

15

STJ, REsp 773.136/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/10/2006; STJ, REsp 648.763/RS, 4.ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07/12/2006.

16

TSE, REsp Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004.

17

STJ, REsp 889.852/RS, 4.ª T., Rel. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

18

STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

19

TJRS, AC 70048452643, 8.ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.

20

STJ, REsp 1.183.378-RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

21

CNJ Resolução 175/13.

22

Rosa Maria de Andrade Nery, Manual de direito civil: família, 197.

23

Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes. (STF, ARE 656298-RG, Rel. Min. Ayres Britto, j. 08/03/2012).

24

CNJ Provimento 37/14.

25

Maria Berenice Dias, A Lei Maria da Penha na Justiça, 37.

26

Leonardo Barreto Moreira Alves, O reconhecimento legal..., 149.

27

Idem, ibidem.

28

Iglesias Fernanda de Azevedo Rabelo e Rodrigo Viana Saraiva, A Lei Maria da Penha...

29

PECs 110 e 111, de 08/11/2011.

30

Adesões pelo *site* www.estatutodiversidadesexual.com.br.

16. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

SUMÁRIO: 16.1 Família invisível - 16.2 Sociedade de afeto e não sociedade de fato - 16.3 Poliamor - 16.4 Partilha de bens - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226 § 3.º; CC, 1.727.

Existe uma realidade muito mais frequente do que se imagina. E, como é uma prática eminentemente - ou melhor, exclusivamente - masculina, sempre foi tolerada pela sociedade, ainda tão machista. Aliás, mais do que aceita. Sempre foi incentivada como prova de virilidade e sucesso pessoal, sendo alvo da inveja e admiração dos demais homens. Trata-se da mantença de uniões simultâneas: um homem e duas mulheres, duas famílias, muitas vezes ambas com prole. Uma decorrente do casamento e a outra de união estável ou as duas sendo uniões estáveis. As mulheres consideradas "não oficiais", que se submetem, toleram ou sequer são sabedoras da duplicidade de vida de seus parceiros, são alvo da execração pública, principalmente por parte das outras mulheres. Elas são as punidas, ainda que a postura desleal, infiel, seja do homem.

As expressões para identificar a concomitância de entidades familiares são muitas, todas pejorativas. O **concubinato**, chamado de adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinagem, é alvo do repúdio social, legal e judicial. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala.

O **Código Civil** continua punindo a concubina cúmplice de um adultério, negando-lhe os direitos assegurados à companheira na união estável. Ao contrário do que dizem muitos - e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) -, o só fato de relacionamentos afetivos não poderem ser convertidos em casamento nem por isso merecem ficar fora do âmbito do direito das famílias. São relações que geram

consequências merecedoras de tutela, principalmente quando existem filhos ou aquisição de patrimônio. A doutrina insiste em negar-lhes efeitos positivos na esfera jurídica.[1] No entanto, não lhes outorgar quaisquer direitos atenta contra a dignidade dos partícipes e dos filhos porventura existentes.

Existem posicionamentos dos mais diversos sobre o tema, quer em sede doutrinária, quer jurisprudencial, a evidenciar a ausência de uma orientação uniforme. Mas enunciado aprovado pelo IBDFAM reconhece efeitos jurídicos às famílias paralelas.[2] E, como diz Giselda Hironaka, a família paralela, ou simultânea não é família inventada. Nem é família amoral ou imoral, nem aética, nem ilícita. É família, e como tal, também procura o seu reconhecimento social e jurídico, assim como os consequentes direitos advindos dessa sua visibilidade na vida social e no sistema de direito brasileiro.[3]

16.1. Família invisível

A corrente mais **conservadora** invocando o princípio monogâmico - que princípio não é - e os deveres de lealdade e fidelidade, nega a possibilidade de concessão de qualquer direito a nenhum dos parceiros. A legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos demais modelos de núcleos familiares. Só existe a união legal (CC 1.727).

A quem quer negar efeitos jurídicos, justificativas não faltam. A alegação é de que a distinção entre concubinato adulterino e união estável busca manter coerência com o preceito ordenador da **monogamia**. Mas, como bem observa Carlos Eduardo Ruzyk, a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado. No entanto, descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob a égide legal. Isso não significa,

porém, que alguém que constitua famílias simultâneas, por meio de múltiplas conjugalidades, esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica. Principalmente, quando a pluralidade é pública e ostensiva, e ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal.[4] O que afronta a ética e infringe o princípio da boa-fé é ignorar a existência dos deveres familiares perante ambas as famílias.

Outro fundamento de grande voga é que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo.[5] A lógica desse raciocínio privilegia o infiel, dispondo de caráter nitidamente punitivo: aquele que opta por se relacionar com alguém impedido de casar, em razão de já ser casado, deverá se responsabilizar por sua escolha e consequências.[6] Também serve de justificativa o fato de a lei reconhecer a anulabilidade das **doações** promovidas pelo cônjuge adúltero ao seu **cúmplice** (CC 550) e a revogabilidade das transferências de bens feitas ao **concubino** (CC 1.642 V). De qualquer modo, as expressões "cúmplice", "companheiro" e "concubino", constantes desses dispositivos legais, devem ser tomadas com cuidado, pois em muitos casos a relação com o doador tem os moldes de uma entidade familiar.

16.2. Sociedade de afeto e não sociedade de fato

Historicamente a maneira como o direito sempre tratou quem mantinha convivência afastada do casamento foi não permitir serem chamadas de família ou terem ingresso no âmbito do Direito das Famílias. Mesmo quando o casamento era indissolúvel, as relações extramatrimoniais recebiam o rótulo de sociedade de fato. Depois da constitucionalização das uniões estáveis, o mesmo aconteceu com as uniões homoafetivas que também eram assim chamadas para ficarem fora do conceito de família. Tal perdurou até o Supremo Tribunal Federal ao reconhecê-las como uniões estáveis.

A mesma sorte - ou azar - ainda têm os vínculos simultâneos, que a justiça insiste em não reconhecer como união estável. Chamase de sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. Ainda assim se perquire se a mulher tinha ou não conhecimento da vida paralela do companheiro. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que a justiça aloca o vínculo no **direito obrigacional** e lá o trata como sociedades de fato. Ainda que a Súmula do STF[7] tenha sido editada antes da constitucionalização das uniões estáveis para contemplar as relações extramatrimoniais, nada justifica a impossibilidade de ser invocada em se tratando de união paralela. Afinal, atende ao mesmo propósito: evitar o enriquecimento sem causa de um às custas do outro.

A tendência, ainda, é somente reconhecer direitos à mulher se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro. Isto é, para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessar que desconfiava ou sabia da traição, recebe um solene: bem feito! Quem mandou se meter com homem casado!

Esta solução, à primeira vista, parece prestigiar a **boa-fé** de quem diz ter sido enganado. No entanto, só é exigida a boa-fé de um dos integrantes do "triângulo amoroso": da "outra". Condenada por cumplicidade, ela é punida pelo adultério que foi cometido por ele. A esposa saber do relacionamento do marido não tem qualquer significado. Ela continua privilegiada.

Já o homem que foi infiel, desleal a duas mulheres, é "absolvido". Nada lhe é imposto. Permanece com a titularidade patrimonial, além de desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida. Assim, uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica.

Perquirir a **boa ou má-fé** é tarefa complexa, além de haver o perigo de se cair no puro subjetivismo. A linha, a fronteira a partir de onde a boa-fé passa a ser má é por demais tênue, podendo ser praticamente invisível, inalcançável, imperceptível. Dessa maneira, o companheirismo - seja classificado como de boa ou má-fé - deve ser considerado entidade familiar.[8] Ora, se são emprestados efeitos ao casamento **putativo** quando contraído de boa-fé, indispensável reconhecer a mesma qualificação à união estável com relação ao convivente de boa-fé. Ou seja, quando preenchidos os requisitos da união estável - ostentabilidade, publicidade e durabilidade - e comprovada a boa-fé de um dos parceiros, invoca-se a analogia ao casamento putativo.

Além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como **sociedade de fato**, é uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade. Por fim, desconsiderar a participação do companheiro casado na relação concubinária, para entendê-la como monoparental em havendo filhos, ofende o princípio da livre escolha da entidade familiar. Estar-se-ia diante de uma entidade monoparental imposta.[9]

Mas a resistência da justiça ainda é grande. Nem o STJ[10] nem o STF[11] admitem a existência das uniões paralelas. Porém merece destaque trecho do voto vista do Min. Ayres Brito: *Companheiro como situação jurídica ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ("união estável"). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de "filhos concubinários". Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,*

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (...) a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "é terra de ninguém".

O próprio STF acabou atribuindo **repercussão geral** ao reconhecimento de uniões estáveis concomitantes.[12]

A posição mais rente à realidade da vida é que reconhece todas as uniões, ainda que concomitantes, como uniões estáveis, bastando para tal a comprovação dos requisitos legais (CC 1.723).[13] Negar a existência de famílias paralelas - quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis - é simplesmente tentar fazê-las desaparecer. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças.[14]

16.3. Poliamor

Ninguém duvida que no coração de um homem cabe mais de um amor. A prova é a existência de uniões simultâneas que a Justiça começou a reconhecer e a atribuir consequências jurídicas, responsabilizando quem divide o coração com mais de uma pessoa. Esta é uma realidade masculina. Ou um casamento e uma união estável ou duas ou mais uniões estáveis. Duas famílias, duas casas, duas entidades familiares com todas as características legais. De fato os homens são seres desdobráveis.

Mas quando o vínculo de convivência de mais de duas pessoas acontece sob o **mesmo teto**, não é possível se chamar de união paralela, no sentido mesmo da palavra, ou seja, que elas não se

encontram. Dai o nome união poliafetiva, ou poliamor. Trata-se de uma interação recíproca, constituindo família ou não. Todos os evolvidos sabem da existência das outras relações, compartilhando muitas vezes entre si o afeto.[15]

Claro que estas uniões sempre foram invisibilizadas. Não aceitas pela sociedades e nem contempladas no sistema jurídico. Por isso a escritura pública declaratória de união poliafetiva de um homem com duas mulheres[16] repercutiu como uma bomba. Foi considerada por muitos como nula, inexistente, além de indecente, é claro. E acabou rotulada como verdadeira afronta à moral e aos bons costumes.

Eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união. Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria sequer possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial.

Claro que justificativas não faltam a quem quer negar efeitos jurídicos à escritura levada a efeito. A alegação primeira é afronta ao princípio da monogamia, desrespeito ao dever de fidelidade - com certeza, rejeição que decorre muito mais do medo das próprias fantasias. O fato é que descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais e muito menos subtrair qualquer sequela à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes.

Há que se reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização levada a efeito, que traz a livre manifestação de vontade de

todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. Lealdade não lhes faltou ao formalizarem o desejo de ver partilhado, de forma igualitária, direitos e deveres mútuos, aos moldes da união estável, a evidenciar a postura ética dos firmatários. Nada afeta a validade da escritura. Tivessem eles firmado dois ou três instrumentos declaratórios de uniões dúplices, a justiça não poderia eleger um dos relacionamentos como válido e negar a existência das demais manifestações. Não se poderia falar em **adultério** para reconhecer, por exemplo, a anulabilidade das doações promovidas pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice (CC 550) ou a revogabilidade das transferências de bens feitas ao concubino (CC 1.642 V).

Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito de as pessoas viverem como quiserem e da forma que desejarem.

16.4. Partilha de bens

Mesmo nominada como simples sociedade de fato, tal e não afasta a competência das **varas de família**. Não há como negar que são **relações de afeto** e, apesar de serem consideradas invisíveis, geram efeitos jurídicos. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e só privilegia o "bígamo": concede ao infiel verdadeira carta de alforria, pois tudo pode fazer e nada pode lhe ser exigido. Presentes os requisitos legais, a justiça não pode deixar de reconhecer que configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a **ética**, chancelando o **enriquecimento injustificado**. Depois de anos de convívio, descabido que o varão deixe a relação sem qualquer responsabilidade pelo fato de ele - e não ela - ter sido infiel.

Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades.[17] São relações que repercutem no mundo jurídico,

pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum.[18] Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e da prole porventura existente. Como não mais admite a Constituição tratamento discriminatório dos filhos, negar à mãe os direitos decorrentes da união que ela manteve com o genitor é **excluir o direito sucessório da prole comum**. Ou seja, deixar de reconhecer o direito da mãe, pela via inversa e reflexamente, é não reconhecer o direito que o filho teria à herança dela. Assim, mesmo que o filho não mais possa ser considerado ilegítimo, acaba sujeitando-se a tratamento diferenciado, que a justiça não pode chancelar.

Quem mantém vínculos afetivos simultâneos ou poliafetivos, pelo fato de serem alvo da reprovação social, não pode ser beneficiado. Não cabe, simplesmente, ver-se desobrigado com relação a um ou a ambos os vínculos afetivos, gerando o enriquecimento injustificável. É necessário saber se havia casamento e união estável, ou se ambas as uniões eram extramatrimoniais. Alerta Giselda Hironaka que é preciso ter muito cuidado para não confundir o que pode (e deve) ser reconhecido como famílias paralelas com outros relacionamentos nos quais não compareça o requisito da coexistência, importante elemento de destaque, caracterizador de uma entidade familiar. Coexistir, em sede de Direito das Famílias, não quer dizer, exatamente, viver todos os dias sob o mesmo teto. A noção de coexistência, por isso, tem muito mais conexão com a estabilidade dos sentimentos, com a afetividade enquanto o valor jurídico e com a publicidade e a ostensibilidade da convivência. Nem mesmo para as entidades familiares (de conjugalidade) reconhecidas pela Constituição Familiar - casamento e união estável - há exigência de convivência sob o mesmo teto.[19]

Também cabe distinguir se houve **rompimento** de uma das uniões ou se a dissolução ocorreu por **falecimento** de um dos partícipes.

Finda a relação, comprovada a concomitância com um **casamento**, impõe-se a divisão do patrimônio acrescido durante o período de mantença do dúplice vínculo. É necessária a preservação da meação da esposa,[20] que se transforma em **bem reservado**, ou seja, torna-se incomunicável. A meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio.[21] O mesmo cálculo vale em se tratando de duas ou mais uniões estáveis paralelas, quando uma é constituída muito antes que a outra.

Caso não se consiga definir a prevalência de uma relação sobre a outra - quer sejam paralelas, quer poliafetivas - cabe a divisão do acervo patrimonial amealhado durante o período de convívio em **três partes iguais**, restando um terço para o varão e um terço para cada uma das companheiras. Cada um tem direito ao que Rui Portanova chama de **triação**,[22] expressão que vem sendo adotada pela jurisprudência.[23]

Na hipótese de **falecimento do varão casado**, a depender do regime de bens, é necessário afastar a **meação** da viúva. Apurado o acervo hereditário, excluída a legítima dos herdeiros, a parte disponível será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio. Os mesmos cálculos são necessários quando ocorre o **falecimento da companheira** e vêm seus herdeiros a juízo buscar o reconhecimento da união estável. Entendimento em sentido diverso só viria a beneficiar o varão que foi desleal a mais de uma mulher. Em nenhuma dessas hipóteses se faz necessária a prova da efetiva participação na constituição do acervo amealhado. Inexistindo herdeiros na classe dos descendentes e ascendentes, a herança deve ser dividida em partes iguais entre a viúva e a convivente.[24]

Havendo prova da aquisição de patrimônio comum durante a união, imperiosa a partilha dos bens. Mas ainda poucas são as

decisões judiciais que asseguram às duas mulheres algum direito,[25] ou direito a **alimentos**.[26]

No âmbito da **Justiça Federal**, com maior frequência, é determinada a partilha da **pensão por morte** entre esposa e companheira.[27] Isto porque, a legislação previdenciária (L 8.213/91 16) presume como dependentes as pessoas que, em decorrência do dever de solidariedade e por motivo econômico ou familiar, estão subordinados ao segurado. Ou seja, não existe norma limitadora para determinar a partição do benefício entre mais de uma pessoa que se encontre em estado de dependência.[28]

Leitura complementar

CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de direito das famílias:* uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene; MORAES, Naime Márcio Martins (coords.). *Afeto e estruturas familiares.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos:* pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan./fev. p. 55-69.

RIBEIRO, Bruno Marques. Famílias simultâneas: a tutela jurídica dos amantes no cenário brasileiro. In: CORDEIRO, Carlos José;

GOMES, Josiane, Araújo. (Coords.) *Temas contemporâneos de Direito das Famílias.* São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 83-114.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de; MACHADO, Elton. As novas perspectivas jurídicas para as uniões simultâneas: uma análise das principais consequências de seu possível reconhecimento como entidades familiares. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr. p. 64-79.

1

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 261.

2

Enunciado 4 do IBDFAM: A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico.

3

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Famílias paralelas, 63-64.

4

Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 221.

5

Rodrigo da Cunha Pereira, Da união estável, 265.

6

Idem, 264.

7

Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

8

Marianna Chaves, Famílias paralelas, 53.

9

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Famílias simultâneas..., 159.

10

Recurso especial. Família. Ação de reconhecimento de união estável. Relação concomitante. Dever de fidelidade. Intenção de constituir família. Ausência. Artigos analisados: arts. 1.º e 2.º da Lei 9.278/96. (...) 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo *de cujus*, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.348.458/MG, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2014).

11

STF, RE 397.762-8/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/06/2008.

12

Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes. (STF, ARE 656.298/RG, Rel. Min. Ayres Britto, j. 08/03/2012).

13

Ação declaratória de união estável pós morte. Casamento e união estável concomitantes. Separação de fato não comprovada. União estável configurada. Reconhecimento. Possibilidade. Famílias paralelas. Fenômeno frequente. Proteção estatal. Reforma da sentença. Apelação provida. I - O reconhecimento da união estável exige demonstração de convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, bem como que inexistam impedimentos à constituição dessa relação. Inteligência dos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil. II - No caso sob análise, tem-se que o de cujus, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a apelante por mais de 15 (quinze) anos, o que caracteriza a família paralela, fenômeno de frequência significativa na realidade brasileira. O não reconhecimento de seus efeitos jurídicos traz como consequências severas injustiças. IV - O Des. Lourival Serejo pondera: "Se o nosso Código Civil optou por desconhecer uma realidade que se apresenta reiteradamente, a justiça precisa ter sensibilidade suficiente para encontrar uma resposta satisfatória a quem clama por sua intervenção." V - O comando sentencial deve ser reformado para o fim de reconhecer a união estável. VI - Apelação provida, contrariando o parecer ministerial. (TJMA, APL 0000632015 MA 0049950-05.2012.8.10.0001, 2ª C. Cív., Rel. Marcelo Carvalho Silva, j. 26/05/2015).

14

[14] União estável. Relacionamento paralelo ao casamento. As provas carreadas aos autos dão conta que o *de cujus*, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a autora por mais de vinte anos. Ação declaratória de união estável. Sentença pela improcedência do pedido. Relacionamento afetivo paralelo a casamento. Apelação cível. Teses. Objetivo de constituir família. Prole comum. Relação contínua. Pública e duradoura. Aproximados 30 (trinta)

anos de convivência. Possibilidade de reconhecimento face às peculiaridades do caso concreto. Presentes os requisitos caracterizadores da união estável. Interpretação do código civil de 2002 de acordo com a doutrina de Miguel Reale. Medida que visa evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes. Precedentes jurisprudenciais. I - Os relatos demonstram, de forma inequívoca, que entre o falecido e a apelante houve comunhão de vida e esforços por aproximadamente 30 anos, coabitação, prole comum e dependência econômica. E por isso, ainda que o falecido tenha permanecido casado com a apelada, a qual tinha plena ciência da existência do contínuo relacionamento extraconjugal de seu marido, é viável reconhecer a união estável entre ele e a recorrente. II - Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal em construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o *de cujus*, à época, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o poder judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de direito de família. III - Entender o contrário seria estabelecer um retrocesso em relação às lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e social. IV - Precedentes jurisprudenciais. V - Recurso conhecido e provido. Decisão unânime. (TJAL, AC 2010.000284-7, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Juíza Conv. Maria Valéria Lins Calheiros, j. 28/07/2014).

15

Rodrigo da Cunha Pereira Dicionário de Direito de Família..., 705.

16

[16] Escritura lavrada em 13/02/2012, na cidade de Tupã-SP.

17

Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk, Famílias simultâneas e monogamia, 200.

18

Uniões estáveis paralelas. Reconhecimento. 1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do Direito. 2. Ausentes os impedimentos elencados no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de

direitos. 3. Os princípios do moderno Direito de Família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ). 4. Em uma democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo. 5. Precedentes do TJDF e do TJRS. 6. Apelação a que se nega provimento. (TJPE, AP 1960072, 5.ª C. Cív., Rel. Des. José Fernandes, j. 12/06/2013).

19

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Famílias paralelas. 66.

20

Como esta espécie de relacionamento é mantida por homens, os exemplos reproduzem o cotidiano.

21

Ação de reconhecimento de união estável cumulada com partilha de bens. Homem casado. Litisconsórcio necessário com a esposa. Não ocorrência. Particularidade do caso concreto. Tramitação em conjunto com ação de divórcio cumulada com partilha de bens. Oposição manejada pela alegada companheira na ação conexa. Instrumentalidade das formas. 1. De regra, em ação de reconhecimento de união estável cumulada com partilha de bens ajuizada em face de homem casado, deve a esposa figurar no polo passivo da demanda como litisconsorte necessário. Precedentes. 2. Porém, no caso concreto, mostra-se incabível o litisconsórcio na ação de reconhecimento de união estável. É que a circunstância de a companheira ter manejado oposição na ação de divórcio permite a ampla defesa, tanto da companheira quanto da esposa. Assim, tanto o autor quanto o réu da ação principal figurarão como litisconsortes em face do opoente, exatamente o que pretende a ora recorrente (companheira) com o chamamento da esposa à ação de reconhecimento de união estável. 3. Ademais, independentemente da oposição manejada, no caso, a ação de reconhecimento de união estável corre em conexão com a ação de divórcio, providência que previne decisões contraditórias, de modo que os comandos proferidos em uma ação não atinjam patrimônio reconhecido em outra. 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.018.392/SE, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06/03/2012).

22

TJRS, AC 70039284542, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 23/12/2010.

23

Uniões estáveis simultâneas. Reconhecimento. Partilha de bens. Triação. 1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do direito. 2. Ausentes os impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de direitos. 3. Os princípios do moderno direito de família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ). 4. Numa democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo. 5. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuda em "triação", pela simultaneidade das relações. 6. Precedentes do TJDF e do TJRS. (TJPE, AC 296862-5 0007024-48.2011.8.17.0001, 5.ª C. Cív., Rel. Des. José Fernandes, j. 13/11/2013).

24

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 88.

25

Ação de existência e dissolução de sociedade de fato. Companheiro casado. Relacionamentos paralelos. Reconhecimento de direitos. Apelo improvido. Restando incontroverso a convivência em comum, pública, contínua e duradoura, além da *affectio maritalis*, entre a Autora e o falecido, por aproximadamente 22 anos, desde 1984 até sua morte, afigura-se necessário o reconhecimento dos direitos decorrentes desta relação. Comprovada a simultaneidade de relacionamentos conjugais, há de se admitir direitos e consequências jurídicas decorrentes dessas relações, não se lhes podendo fechar os olhos ao simplório argumento de que o Estado Brasileiro é monogâmico. Se existe concurso de entidades familiares,

portanto se existe um casamento ou união estável, e paralelamente, uma relação extraconjugal, esta última, certamente deverá merecer amparo legal. Não se pode permitir que a complexidade das relações de fato no seio social, notadamente no campo afetivo, impeça o reconhecimento de direitos, mormente quando a análise do caso concreto aponta para a existência de união estável paralelamente à existência de matrimônio, cuja relação conjugal não mais persiste, ainda que não rompida formalmente, uma vez que não houve separação judicial ou o divórcio dos cônjuges. Apelo provido. Sentença mantida. (TJBA, AC 00155897320078050001, 3.ª C. Cív., Rel. Juíza convocada Marta Moreira Santana, j. 11/02/2014).

26

Ação de alimentos. Não preenchidos os requisitos para a configuração da união estável entre as partes. Impedimento matrimonial. Concubinato. Possibilidade de, excepcionalmente, conceder alimentos naturais à concubina se resta comprovada a dependência econômica em relação ao concubino, desde que isto não represente prejuízos às condições de vida da entidade familiar em que o par afetivo está de boa-fé. Alimentante que tem, na família de boa-fé, filho necessitado de cuidados especiais. Redução dos alimentos fixados em sentença que se impõe. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1. A proteção dada pela Constituição, em seu art. 226, às entidades familiares não encontra um rol taxativo, de modo que estão albergadas entidades para além do casamento, da união estável e da família monoparental. 2. A distinção, acerca de quais relações afetivas se encontram sob o manto da proteção constitucional, observa os princípios que norteiam o direito de família, destacando-se os princípios da liberdade, da responsabilidade e da solidariedade. 3. No que tange a liberdade para constituição das relações afetivas, o direito apenas tutela aquelas em que se preserva o cuidado para com o consorte, pois a família preservada pelo direito de família contemporâneo é aquela que se denomina "família eudemonista", para a qual importa a realização afetiva de todos os seus membros individualmente considerados. Ou seja, a liberdade tutelada não é a mera liberdade formal de constituir família, mas também a liberdade substancial, em que se fornecem condições ao consorte a fim de que possa escolher conscientemente se quer ou não constituir família com o pretendente. 4. Os princípios da solidariedade e da responsabilidade se traduzem como deveres de boa-fé e ética para com o outro. 5. Quando um dos conviventes (matrimoniais ou de união estável) passa a manter outra relação com terceiro, ocorre violação ao dever de boa-fé e mitigação da ética que era devida, uma vez que a monogamia é um princípio das relações familiares, aplicando-se à união estável os impedimentos matrimoniais, inclusive o de pessoa casada (CC, art. 1.723, § 1.º c/c art. 1.521, VI). 6. Havendo quebra do dever de lealdade, deve-se averiguar se há ou não boa-fé por parte da terceira pessoa que ingressa na

relação paralela. Se ignorava que o seu par era casado ou já participava de união estável, se está diante de uma união estável putativa, sendo digna de tutela jurídica, tal qual já se fazia com o casamento putativo (CC, art. 1.561) em que havia boa-fé do cônjuge. No entanto, se o terceiro não estava de boa-fé, a entidade a ser reconhecida é o concubinato (CC, art. 1.727). 7. Ao tutelar a relação concubinária, necessário o justo equilíbrio a nortear a aplicação de alguns efeitos análogos ao casamento, em caráter excepcional, sem que se prejudique o núcleo familiar de boa-fé, que teve tolhida sua liberdade substancial. 8. Considerando o conjunto fático probatório dos autos, em que a concubina e a filha comum (falecida) dependeram economicamente do réu por 15 anos, e ainda, já se encontrando aquela em idade avançada, é que, excepcionalmente, cabíveis somente os alimentos naturais (CC, art. 1.694, § 2.º). (TJPR, AC 941949-6, 12.ª C. Cív., Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 23/10/2013).

27

Previdenciário. Pensão por morte. Comprovação de união estável. Concubinato. Finalidade do direito previdenciário. Cobertura de risco social. Não indagação de moralidade. Decisão acertada. 1. Restou comprovada a convivência marital entre autora e falecido segurado. 2. Em face do convincente e robusto conjunto probatório reunido nos autos, não se pôde deixar de constatar que a concubina manteve uma relação contínua e duradoura com o *de cujus* por aproximadamente 18 (dezoito) anos, o qual era casado e convivia também com a esposa. 3. Não está em questão se o concubinato impuro deve receber proteção do Estado, e sim se uma determinada pessoa que viveu em concubinato impuro deve receber pensão por morte deste concubino. Assim, decide-se aqui se uma pessoa, que contribuiu por longo tempo para a Previdência Social e manteve um duplo relacionamento afetivo, se a sua pensão por morte deve, ou não, refletir, de forma direta, esse duplo relacionamento mantido ao longo da vida. 4. A finalidade do direito previdenciário está em cobrir os ditos riscos sociais sem indagar da moralidade neles envolvida, daí, por exemplo, a previsão do auxílio-reclusão. Não há como classificar a situação ora apresentada como não sendo de risco social, daí a necessidade de cobri-lo. 5. Os julgamentos do RE 590.779/ES e do RE 397.762/BA pelo STF, tendo sido feito, como foi, em sede de recurso extraordinário, fora do âmbito, portanto, da repercussão geral, não vinculam as demais instâncias. 6. As razões expostas no presente agravo interno não são suficientes ao juízo positivo de retratação, pois não trouxeram qualquer alegação que pudesse convencer esta Relatora em sentido contrário ao decidido. 7. Agravo interno conhecido e desprovido. (TRF 2.ª Região, AC e ReEx Nec. 2004.51.10.000395-6, 2.ª T. Especializada, Rel. Des. Liliane Roriz, j. 31/05/2012).

28

Lara Rafaelle Pinho Soares, A (im) possibilidade da concessão de pensão por morte... 92.

17. FAMÍLIA MONOPARENTAL

SUMÁRIO: 17.1 Origem e conceito - 17.2 Divórcio - 17.3 Adoção - 17.4 Solteiros - 17.5 Inseminação artificial - 17.6 Uniões homoafetivas - 17.7 Irmãos, tios e avós - 17.8 Proteção estatal - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226 §§ 4.º e 7.º; CC 1.597, 1.632, 1.633, 1.636; L 9.263/96 (planejamento familiar); Resolução 2.121/15 CFM (Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida).

17.1. Origem e conceito

Apesar da aparente limitação constitucional, ao elencar as entidades familiares, não dá para deixar de reconhecer como merecedora da especial atenção do Estado toda e qualquer estrutura de convívio que forme uma unidade afetiva da qual se irradiam efeitos que merecem ser tutelados pelo direito. A família deste novo século não se define mais pela **triangulação** clássica pai, mãe e filho. O critério biológico, ligado aos valores simbólicos da hereditariedade, deve ceder lugar à noção de filiação de afeto, de paternidade social ou sociológica.[1] Não dá para deixar de concordar com Giselda Hironaka: biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe, se o de pai, se o de mãe, se o de filho - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir-se, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.[2]

A Constituição Federal, ao alargar o conceito de família, elencou como entidade familiar uma realidade que não mais podia deixar de

ser arrostada (CF 226 § 4.º): *a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.* Esses núcleos familiares foram chamados pela doutrina de famílias monoparentais, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar. A expressão é pertinente, pois não se pode negar caráter familiar à união de afeto que caracteriza as entidades com somente uma parentalidade.[3]

Com o declínio do patriarcalismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, deixou de ser imposta a permanência dentro do casamento A mulher divorciada deixou de ser hostilizada e não teve medo de pôr um ponto final a relacionamentos de fachada.

Com isso as famílias constituídas por **um dos pais e sua prole** se proliferaram e adquiriram maior visibilidade. O expressivo número de famílias monoparentais, com maciça predominância feminina, é uma forte oposição ao modelo dominante da bipolaridade. Essas entidades familiares necessitam de especial atenção, principalmente porque a mulher arca sozinha com as despesas da família e sabidamente percebe salário menor do que o homem.

A família monoparental é mantida, na maioria dos casos, exclusivamente pela mulher, situação que revela, como bem lembra Maria Cláudia Crespo Brauner, mais uma face injusta de nossa realidade social. A discriminação do mercado de trabalho induz as mulheres a enfrentar a necessidade de sustentar os filhos e de aceitar menores salários.[4]

Durante muitos anos a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal do projeto de uma vida a dois. As pessoas que resolvessem optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação marginal.[5] Porém, o que antes era vivido como uma forma de exclusão, atualmente mostra-se como uma escolha livre. Os fatores decorrentes do fenômeno da monoparentalidade cada vez mais se mostram como uma eleição de um dos

membros da família: quer na ruptura da vida matrimonial, quer na opção por uma forma de união livre, quer na decisão de ter um filho sozinho.[6]

A entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo uniparental. Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas com crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. A característica da família monoparental é a **transgeracionalidade**, ou seja, haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais, sem que haja relacionamento de ordem sexual entre eles. Mas não é a presença de menores de idade que permite o reconhecimento da família como monoparental. A maioridade dos descendentes não descaracteriza a monoparentalidade como família - é um fato social.[7]

Quando inexiste hierarquia entre gerações e o convívio não dispõe de interesse sexual, o vínculo familiar que se constitui é de outra natureza: chama-se **famíliaparentalouanaparental**. O exemplo é a família constituída pelos irmãos, entre parentes ou até entre pessoas sem laço de consanguinidade, mas cuja convivência forma uma entidade familiar.

No entanto, existindo interesse de natureza sexual, não se pode falar em família monoparental. Havendo vínculo próximo de consanguinidade ou afinidade, as relações são **incestuosas** e alvo do repúdio social e legal. Caso contrário, configuram uma **uniãoestável**, que pode ser heterossexual ou homoafetiva, a depender da identidade ou diversidade do sexo de seus membros.

A monoparentalidade tem origem na viuvez, quando da **morte** de um dos genitores. A **adoção** por pessoa **solteira** também faz surgir um vínculo monoparental entre adotante e adotado. A inseminação artificial levada a efeito por mulher solteira ou a **fecundaçãohomóloga** a que se submete a viúva após a morte do

marido são outros exemplos. Na **separação** de fato, de corpos ou no **divórcio** dos pais, não se pode falar em família monoparental. Afinal, o fim da conjugalidade não elimina os laços de parentalidade.

17.2. Divórcio

O fim dos vínculos afetivos com prole é o principal gerador de monoparentalidade. Quando da separação dos pais, os filhos ficam sob a **guardaunilateral** de um dos genitores. Ainda que seja estabelecida a **guardacompartilhada**, sempre é definido o domicílio do filho com um dos genitores, na grande maioria das vezes, na companhia da mãe. Historicamente sempre foi deferido ao pai singelo direito de visita, direito que ele exercia a seu bel-prazer, sem maior comprometimento com a criação e o desenvolvimento do filho. Só mais recentemente é que os pais começaram a reivindicar maior participação no seu crescimento e desenvolvimento.

De qualquer modo, quando do fim da conjugalidade, ocorre uma transição. A tendência da doutrina é reconhecer que, em um primeiro momento, há uma família biparental constituída.. Na separação - de fato, de corpos, ou o divórcio - ou no término da união estável o genitor que fica com a guarda do filho, gera uma família monoparental. Num terceiro momento, quando o guardião constitui nova família biparental, ou por um segundo casamento, ou através de união estável, a estrutura familiar novamente se altera.[8]

No entanto, o fim da coabitação dos genitores não enseja o alijamento de um dos pais dos encargos decorrentes do **poder familiar**. Não se alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Somente a falta de impedimento de um deles, transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar (CC 1.631). Ora, o distanciamento físico do filho, decorrente da separação dos pais, não configura impedimento que alije o pai dos deveres que lhe são inerentes.

Sob a justificativa de que a guarda unilateral configura uma **famíliamonoparental**, na **guarda alternada**, em que ocorre a transferência periódica do filho entre os genitores, ocorreria o mesmo. Este é um dos argumentos dos que rejeitam esta modalidade de ajuste, sob a alegação que seria nociva aos filhos.

Todo o prestigio é dado à **guarda compartilhada**, que se tornou obrigatória quando ambos os pais têm condições de exercê-la (CC 1.584 § 2.º), impõe a responsabilização conjunta e o exercício dos concertantes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º), sendo dividida, de forma equilibrada, o tempo de convívio com os filhos (CC 1.583 § 2.º). O fato de ficar estabelecida a residência do filho junto a um dos genitores também não permite reconhecer que se constituiu uma família monoparental.

Como o próprio nome diz, não existe qualquer alteração no exercício dos deveres parentais. Seja na modalidade de guarda que for, o casamento ou a união estável de um dos genitores. A nova união de qualquer dos genitores, enseja a formação da chamada **famíliareconstituída**, infeliz expressão para nominar um vínculo afetivo. Essa nova estrutura de convívio, ainda que o filho do relacionamento anterior resida com um deles, tal em nada afeta o vínculo de parentalidade de ambos os genitores (CC 1.588). O **poderfamiliar** permanece sendo exercido por ambos. O novo cônjuge ou companheiro não podem fazer qualquer interferência (CC 1.636).

Porém, o enteado pode adotar o nome do padrasto. Constituindo-se um vínculo de **filiação socioafetiva** entre ambos, existe a possibilidade da **adoçãounilateral** (ECA 41 § 1.º).

A tendência é atribuir obrigação alimentar e assegurar direito de convivência entre eles.

17.3. Adoção

Por expressa permissão do Estatuto da Criança e do Adolescente (42), qualquer pessoa maior de 18 anos independentemente do estado civil, pode adotar. Ainda que a doutrina mais conservadora considere a adoção por solteiros como o ponto mais inquietante da monoparentalidade,[9] é indispensável atentar para o interesse da criança. É preferível que tenha só um pai ou só uma mãe do que não tenha ninguém, e permaneça em alguma instituição de acolhimento, como hoje são chamados os abrigos (ECA 90 IV). O nome é novo, mas as condições continuam precárias.

São tantas as exigências e os entraves que existem, que se torna interminável a espera pela adoção, o que, muitas vezes, leva crianças e adolescentes a permanecerem abrigadas até completarem a maioridade. Nesse dia são postos para fora do local onde passaram toda a vida à espera de alguém que os quisesse adotar.

É reconhecida como **famílianatural** (ECA 25) *a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*. Portanto, não há qualquer impedimento à adoção por uma pessoa solteira, vindo a constituir-se uma família monoparental. Pode adotar aquele que tem condições de oferecer sustento, educação e afeto a uma criança. O seu bem-estar e o seu interesse significam os elos fundamentais da filiação adotiva.[10]

Trouxe a chamada Lei da Adoção o conceito de **famíliaextensa** (ECA 25 parágrafo único): parentes próximos quando existir vínculo de afinidade e afetividade. Neste conceito não está definida a estrutura da família extensa, que pode ser uma pessoa, um casal ou até mais de um parente. O pressuposto para a identificação da família extensa é a comprovação de já existir, por parte da criança prévia vinculação de afetividade com alguém de sua família.

17.4. Solteiros

Manter-se solteiro passou a ser o modelo atual de vida eleito, principalmente, por pessoas de alto poder aquisitivo, motivadas por escolhas pessoais e profissionais, no dizer de Eduardo de Oliveira Leite, que acrescenta: ainda que sejam chamados de **celibatários** e se mantenham com o estado civil de solteiros, passam a manter uniões livres com seus parceiros. Apesar de certo comprometimento, não é estabelecido vínculo legal, não se configurando sequer união estável. Existe um número superior de mulheres nessa situação. A revolução sexual de 1960 e as consequências daí advindas no mundo feminino geraram uma certeza que a estrutura patriarcal jamais imaginara: a mulher não é mais compelida a casar cedo para existir socialmente. O efeito da pílula, permitindo o ingresso na sexualidade sem culpas e traumas e a possibilidade de dispor do corpo sem riscos de gravidez, gerou a mais espetacular mudança do século XX: a possibilidade de dissociar o conceito de maternidade do conceito de casamento.[11] Assim, hoje em dia, são comuns as chamadas **produçõesindependentes**, em que a gravidez ocorre por sexo casual.

De modo bastante frequente, **mulheressozinhas** que desejam engravidar fazem uso das técnicas de reprodução assistida, em que a impossibilidade de identificação do doador do sêmen é condição para a sua realização.[12] Assim, surge uma família monoparental. O fato de a criança já nascer sem pai gera inúmeras discussões e opiniões controversas. É no mínimo preconceituosa a postura doutrinária que sustenta que a mulher solteira não deve fazer uso de método reprodutivo assexual, por se prestar a interesses egoísticos.[13] Como não lhe é vedado o direito de adotar, nada a impede de gerar o filho no próprio ventre. O reconhecimento da igualdade não admite negar a uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira.[14] O **planejamentofamiliar** é direito

constitucionalmente assegurado (CF 226 § 7.º) e não comporta limitações.

Ao depois, está comprovado que o filho não tem seu desenvolvimento prejudicado por ter sido gerado por inseminação artificial.[15] O interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não implica concluir que não possa vir a integrar família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.[16]

17.5. Inseminação artificial

Com o avanço das técnicas de inseminação artificial, o nexo de causa e efeito entre sexo e reprodução desapareceu. O uso das técnicas de reprodução assistida está normatizado exclusivamente pelo Conselho Federal de Medicina,[17] que expressamente admite que seja usado por casais homoafetivos e por pessoas solteiras.

Existem duas formas de inseminação artificial: homóloga e heteróloga. Na **inseminaçãohomóloga**, o material genético pertence ao parceiro. É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz de provocar a fecundação por meio do ato sexual. A gravidez de mulher casada decorrente de inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente do espermatozoide, pois gera a **presunçãodepaternidade** (CC 1.597). Mesmo depois do falecimento do cônjuge, persiste a presunção de paternidade, quando são usados **embriõesexcedentários** (CC 1.597 IV). Na inseminação **heteróloga**, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido ou companheiro. Tendo havido prévia autorização, se estabelece a presunção *paterest* (CC 1.597 V), presunção absoluta, uma vez que o cônjuge ou companheiro concordou de modo expresso com o uso da inseminação artificial. Ele assume a condição de pai do filho que venha a nascer.

Se a mulher é casada ou vive em união estável, é necessária a concordância do cônjuge ou do companheiro para se submeter ao procedimento reprodutivo. Ao permitir a lei a utilização do esperma do marido pré-morto na fecundação *postmortem* (CC 1.597), autoriza a formação da monoparentalidade.

17.6. Uniões homoafetivas

Apesar do silêncio da lei, a justiça passou a admitir a adoção por **parceiroshomossexuais**.

Como as uniões entre pessoas do mesmo sexo não têm capacidade procriativa, de modo expresso o Conselho Federal de Medicina admite que casais homoafetivos façam uso dos métodos de inseminação artificial para constituírem família com filhos.

De modo frequente, as lésbicas utilizam o óvulo de uma que, fertilizado *invitro*, é implantado no útero da outra. A parceira que dá à luz não é a mãe biológica, mas a mãe gestacional. Como em seu favor é expedida a Declaração de Nascido Vivo, o filho somente poderia ser registrado em seu nome.. Com isso, o vínculo parental se estabelece exclusivamente com relação a uma das mães. Juridicamente, trata-se de família monoparental, ainda que a criança viva no lar com as duas.

Os gays igualmente utilizam técnicas reprodutivas para terem filhos. Muitas vezes é colhido esperma de ambos, até para não saberem quem é o pai da criança que irá nascer. Feita a fecundação em laboratório, o par utiliza a gravidez por substituição, a popularmente chamada "barriga de aluguel". Ainda que o filho tenha dois pais, o registro do filho era levado a efeito somente por um deles, constituindo-se assim, no plano jurídico, uma família monoparental.

Vem a justiça deferindo às uniões homoafetivas o **registro** em nome dos dois pais quando do nascimento. Alguns tribunais vêm

normatizando o procedimento para que seja realizado **extrajudicialmente**.[18]

17.7. Irmãos, tios e avós

Dentro da nova realidade familiar, não apenas um dos pais e seus descendentes se caracterizam como família monoparental. A família constituída por pessoas que têm vínculo de parentesco, que pertencem a gerações distintas, chama-se de família **parental**. Quando um tio assume a responsabilidade por seus sobrinhos, ou um dos avós passa a conviver com os netos, caracteriza-se, também, uma família monoparental. Tanto são prestigiadas tais relações de parentesco que os ascendentes e os parentes colaterais têm preferência para serem nomeados tutores (CC 1.731). Devem ser valorados os vínculos de afeto existentes, merecendo essas realidades familiares idêntica proteção estatal.

Caso inexista diferença de grau de parentesco entre seus membros, como a família formada somente pelos irmãos, forma-se o que se chama de família **anaparental**.

17.8. Proteção estatal

As famílias monoparentais têm **estruturamaisfrágil**. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. Além dos cuidados com o lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover ao sustento da família. Assim, imperioso que o Estado atenda a tais peculiaridades e dispense proteção especial a esses núcleos familiares. É necessário privilegiá-los por meio de **políticaspúblicas**, como, por exemplo, dar-lhes preferência ao realizar assentamentos. Também na hora de comprovar renda para a aquisição da casa própria é preciso atentar à peculiaridade de haver somente uma fonte de rendimento.

A jurisprudência passou a reconhecer as famílias monoparentais como merecedoras das benesses da impenhorabilidade do **bemdefamília**.

Leitura complementar

COSTA, Demian Diniz da. *Famíliasmonoparentais*: reconhecimento jurídico. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. *Famíliasmonoparentais.* Campinas: Millennium, 2011.

1

Maria Cláudia Crespo Brauner, A monoparentalidade projetada..., 140.

2

Giselda Hironaka, Família e casamento em evolução, 8.

3

Rosana Broglio Garbin, Famílias monoparentais:..., 223.

4

Maria Cláudia Crespo Brauner, Casamento desfeito,..., 303.

5

Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 20.

6

Rosana Broglio Garbin, Famílias monoparentais:..., 217.

7

Jorge Shiguemitsu Fujita, Família monoparental, 692.

8

Demian Diniz da Costa, Famílias monoparentais:..., 24.

9

Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 28.

10

Maria Cláudia Crespo Brauner, O pluralismo no direito de família brasileiro:..., 273.

11

Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 72.

12

CFM, Resolução 2.121/15.

13

Idem, 354.

14

Jussara Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 395.

15

Maria de Fátima Freire de Sá, Monoparentalidade e o biodireito, 438.

16

Maria Cláudia Crespo Brauner, A monoparentalidade projetada..., 151.

17

CFM, Resolução 2.121/15: É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

18

Prov. Conjunto 8/14 do TJ da Bahia; Prov. 01/2015 de Santos - São Paulo; Prov. 21/2015 do TJ de Pernambuco.

18. REGIME DE BENS

SUMÁRIO: 18.1 Visão histórica - 18.2 Tentativa conceitual: 18.2.1 Meação - 18.3 Disposições gerais: 18.3.1 Diferenças entre os regimes; 18.3.2 Administração; 18.3.3 Vedações - Bens imóveis; 18.3.4 Vedações - Aval e fiança; 18.3.5 Vedações - Doações - 18.4 Pacto antenupcial - 18.5 Comunhão parcial - 18.6 Comunhão universal - 18.7 Participação final nos aquestos - 18.8 Separação de bens - 18.9 Separação obrigatória de bens - 18.10 A Súmula 377 - 18.11 Alteração do regime de bens: 18.11.1 Ação de alteração - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226; DL 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) 7.º § 5.º; CC 265, 499, 544, 546, 550, 551 parágrafo único, 977, 978, 1.489 II, 1.511, 1.517, 1.519, 1.523, 1.525 a 1.532, 1.537, 1.565, 1.566 III, 1.575, 1.576, 1.581, 1.639 a 1.688, 1.725, 1.727, 1.790, 1.829 e 2.039; CPC 73 § 1.º I , 74, 114, 125 I, 655 § 2.º, 842, 843, 674 a 680 e 719 a 725; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 167 I 12 e II 1, 244 e 245; L 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada - EMC) 3.º; L 8.245/91 (Lei do Inquilinato - LI) 3.º; L 11.340/06 (Lei Maria da Penha - LMP) 24 II; L 11.977/09 (Programa Minha Casa Minha Vida) 35-A; L 12.344/10.

18.1. Visão histórica

Quando da edição do Código Civil de 1916, somente era reconhecida a família constituída pelo casamento, que era **indissolúvel**, ensejando a união plena de vida e do patrimônio. O **regime legal** era o da **comunhão universal de bens**, todos os bens são do casal, de forma igualitária, não importando a origem do patrimônio ou a época de sua aquisição. Existia também o **regime dotal**: os bens da mulher eram entregues à administração do marido e os rendimentos eram

destinados a atender aos encargos do lar. Por ter-se mostrado inútil, não se tem notícia de ter sido utilizado, daí sua revogação.

Mais adiante, e com nítido **caráter protetivo** à mulher, surgiu o **Estatuto da Mulher Casada** (L 4.121/62). Instituiu os **bens reservados**: a incomunicabilidade do patrimônio adquirido por ela com o fruto de seu trabalho. A consagração constitucional da **igualdade** entre o homem e a mulher levou ao reconhecimento da extinção do instituto, por afronta ao **princípio da isonomia**. Apesar de não ter acabado a discriminação, o patriarcalismo e o tratamento discriminatório de que ainda é alvo a mulher, ninguém mais tem coragem de sustentar sua permanência. Mas certamente a mantença desta situação é que levou ao surgimento dos **alimentos compensatórios**.

Com a **Lei do Divórcio** (L 6.515/77), o regime legal de bens passou a ser o da **comunhão parcial**, que afasta a comunicação do acervo adquirido antes do casamento. Não se comunicam heranças, legados e doações percebidos por um dos cônjuges, a qualquer tempo, antes ou durante o matrimônio. O estado de condomínio se estabelece somente com relação aos **aquestos**, isto é, os bens adquiridos no período da vida em comum.

O **Código Civil** excluiu o regime dotal e as novidades foram: o **regime da participação final nos aquestos** e a possibilidade de **alteração do regime** de bens na constância do casamento.

Na **união estável** vigora o regime da comunhão parcial. Podem optar por outro regime via **contrato de convivência**; nada mais do que um pacto antenupcial, com acentuadas vantagens. Apesar de não imposta à união estável o injustificável regime da separação obrigatória de bens, de tal façanha encarregou-se a justiça, que subtrair efeitos patrimoniais à união estável constituída por quem tem mais de 70 anos.

Ainda que exauriente a normatização legal sobre o regime de bens, inúmeras são as dificuldades para a partição do patrimônio no

fim dos vínculos afetivos. Quem se considera preterido, humilhado e prejudicado, busca compensar a perda do sonho do amor eterno, tentando levar consigo a maior parte do acervo patrimonial. Por pura vingança, quer ficar com os bens de quem não mais o chama de meu bem!

18.2. Tentativa conceitual

O Estado considera a família a **base da sociedade** (CF 226) e, por isso, uma realidade digna da tutela jurídica. Daí a instituição do casamento através de regras imperativas consideradas de ordem pública. No momento em que duas pessoas resolvem constituir nova unidade familiar, há a imposição de uma série de requisitos à celebração do casamento. Também o Estado tentou, por longos anos, impedir a sua dissolução, questionando culpas e exigindo o adimplemento de prazos. Tal é a ingerência nos vínculos afetivos, que quase dá para considerar o enlace conjugal um verdadeiro **contrato de adesão**, em que a vontade dos noivos fica subordinada à lei, que estabelece uma série de normas com a finalidade de regulamentar a vida a dois.

O **casamento** estabelece plena **comunhão de vida** (CC 1.511) e impõe deveres e obrigações recíprocos (CC 1.565). Ou seja, não é só uma comunhão de afetos. Também gera a solidariedade dos cônjuges entre si e frente à entidade familiar. Além da mútua assistência, responde o par pela criação dos filhos e a mantença do lar. São ambos responsáveis pela subsistência da família, devendo cobrir os custos e suprir os gastos com suas rendas e bens, na medida da disponibilidade de cada um. Não são muito diferentes os direitos e deveres na **união estável** que também se submete a imposições legais, ainda que o par tenha optado por não casar e nem formalizar a união.

A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que, antes das

núpcias, fiquem definidas as questões atinentes aos bens e responsabilidades de cada consorte. A existência de acervos individuais e a aquisição de bens comuns faz com que sejam estabelecidos questões de ordem econômica sobre o domínio e da posse do acervo patrimonial, mesmo durante o casamento e união estável. São previstos regimes de bens: **modelos pré-fabricados** criados pelo legislador e disponibilizados a quem vai casar ou simplesmente viver juntos.

A inclusão ou exclusão dos bens individuais e a comunicabilidade ou não do acervo amealhado antes ou depois da união, é que ditam as diretrizes dos diversos regimes e servem para definir a **origem**, a **titularidade** e o **destino** do patrimônio, permitindo diferenciar os diversos regimes de bens. Assim, antes do casamento, devem os noivos escolher um dos regimes existentes, mesclá-los, ou, ainda, criar um modelo exclusivo da forma que melhor lhes aprouver. Os companheiros podem fazer isto antes de darem início à união estável ou durante a sua vigência, de forma livre, sem a necessidade do amém judicial.

A doutrina traz uma classificação. São chamados **tipos primários** os quatro regimes previstos na lei. E de regime **secundário** a possibilidade de noivos e conviventes, mediante pacto antenupcial ou contrato de convivência, fazerem outras avenças.[1] A autonomia da vontade é relativa, pois é proibido: afrontar disposição absoluta de lei (CC 1.655); dispor sobre direito sucessório (CC 426); e sobre alimentos (CC 1.707). Nada impede, porém, que, além de avenças de natureza patrimonial, sejam feitas deliberações de natureza pessoal. Os direitos e deveres impostos aos cônjuges (CC 1.566) e aos conviventes (CC 1.724) não têm eficácia vinculante e dispor diferentemente não configura afronta à lei.

O regime de bens é uma das **consequências jurídicas do casamento**. Ou seja, não existe casamento sem regime de bens. É indispensável alguma espécie de regramento de ordem patrimonial.

Quando não há a imposição legal do regime da separação, abstendo-se os noivos de eleger um regime de bens, o Estado faz a opção pelo **regime da comunhão parcial**. Se os nubentes não escolhem, há uma "escolha" da lei pelo regime legal.[2] A mesma postura supletiva ocorre na união estável. Se nada deliberam os conviventes via contrato escrito, o regime é o da comunhão parcial (CC 1.725).

Aos noivos basta pronunciar o "sim" na solenidade do matrimônio. Essa afirmativa, além de significar mútua aceitação, faz incidir um sem-número de regras que asseguram direitos e impõem deveres. A escolha do regime de bens rege a situação patrimonial durante o casamento e a união estável, mas principalmente, quando de sua dissolução, pelo divórcio ou morte de um do par.

18.2.1. Meação

De um modo geral, o universo dos bens adquiridos durante o período de convivência - seja casamento, seja união estável - pertence a ambos. Cada um é titular da **metade de cada um dos bens**. Daí a expressão meação: metade dos bens comuns.

A exceção fica por conta do regime de bens adotado, espontaneamente, pelo casal via pacto antenupcial ou contrato de convivência. Livremente o par pode pactuar de forma diferente. Em algumas hipóteses a lei impõe o regime da separação de bens: quando um ou ambos tiverem mais de 70 anos ou quando descumprirem a recomendação legal de não casar (CC 1.641).

Os bens que integram a meação de cada um são de sua propriedade exclusiva, ainda que permaneçam em estado de **mancomunhão**, feia expressão que não consta da lei, mas significa que o patrimônio comum pertencente a ambos em partes iguais.

É o regime de bens que permite saber se existe direito à meação. Somente nos regimes em que há comunhão de patrimônios cabe falar em mancomunhão. Depois é preciso identificar se os bens foram adquiridos gratuita ou onerosamente, durante a vigência da união ou em momento anterior. Esta é a única forma de apurar o patrimônio a ser dividido ao meio, daí "meação".

A identificação do regime de bens tem grande significado durante o período da vida em comum e também quando do fim da convivência. O direito à meação é irrenunciável e durante o período de convívio não pode ser cedido e nem penhorado.

No regime da **comunhão universal** , integra a meação todo o acervo: os bens particulares de ambos e os adquiridos, a qualquer título, antes e depois da união. Na **comunhão parcial** , a meação incide sobre os **aquestos**: o patrimônio adquirido no período da vida em comum. Mesmo na **separação obrigatória** (obrigatória porque é imposta por lei), existe direito à meação dos bens adquiridos, por força da Súmula 377 do STF.[3] No regime da **participação final nos aquestos**, só cabe falar em meação quanto aos bens amealhados em comum. Os adquiridos em nome próprio, sujeitam-se à compensação, e não à divisão. Por fim, no regime da **separação convencional**, inexiste comunicação de patrimônios. Esta é a única hipótese em que, a princípio, não há direito à meação, mas a jurisprudência vem admitindo o direito à partilha mediante prova da contribuição na formação do acervo patrimonial.

Como o cônjuge é **herdeiro necessário** (CC 1.845), seja qual for o regime de bens, a **doação** de um cônjuge ao outro implica em **adiantamento da legítima** (CC 544). Quando a doação é feita a ambos, com o falecimento de um, transmite-se o bem, em sua integralidade ao outro (CC 551 parágrafo único).

Quando um do par tenta reduzir a meação de seu consorte, é necessário identificar o malicioso intento fraudatório, a ensejar a

desconsideração da personalidade jurídica, chamada de ***disregard*** . Como bem alerta Rolf Madaleno, aconselhável invocar o princípio da **revocatória falencial**, retroagindo no tempo para delimitar o período suspeito da fraude sobre os bens conjugais. Com facilidade, pode surgir a **fraude conjugal**. Durante a aparente harmonia da relação nupcial, o cônjuge que arquiteta a sua silenciosa separação, ou que foi notificado da vontade do consorte de se separar, esvazia, por ganância ou em represália, o patrimônio que tem disponibilidade de gerir. Assim, iludindo a **boa-fé** de seu par, é extensa e imensurável a possibilidade de dano à meação do cônjuge desatento, que não percebe as más intenções do outro, ávido ou ressentido, mas empolgado em desativar o resultado material de uma falida relação conjugal.[4]

18.3. Disposições gerais

Quando do casamento, é indispensável que esteja definido o regime de bens que irá reger as questões patrimoniais dos consortes. É necessária a existência de um regime de bens, pois o matrimônio não pode subsistir sem ele.[5] Salvo algumas raras e inconstitucionais exceções (CC 1.641), os noivos podem deliberar o que quiserem e da forma que melhor lhes aprouver sobre seus bens (CC 1.639). Não impõe a lei qualquer restrição, assegurando **plena liberdade** aos futuros cônjuges para fazer as estipulações que desejarem. Não estão condicionados às sugestões legais. Não há a **imposição de obrigatoriamente** escolherem um dos regimes disponibilizados pelo legislador. Não limita a **autonomia de vontade** a assertiva constante do texto legal (CC 1.640 parágrafo único): *poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula.* Tampouco estão os noivos sujeitos a mesclarem, no máximo, dois ou mais regimes dentre os legalmente previstos. Tal restrição configuraria flagrante afronta ao **princípio da autonomia**

da vontade. Livres são os nubentes, podendo estabelecer um regime peculiar.[6]

No pacto antenupcial podem dispor de um modo com relação aos bens particulares e de outra forma quanto aos que forem adquiridos durante o casamento. O direito à autoregulamentação permite adotar um regime e, com referência a determinados bens, outro. Assim, é possível ser escolhido o regime da separação total, estipulando-se, somente com relação a um determinado bem, presente ou futuro, o regime da comunhão. Do mesmo modo, pode ser escolhido um regime para vigorar durante algum tempo, alterando-se para outro a partir de data certa ou evento incerto. Em qualquer destas hipóteses, deve constar no registo do casamento, que o regime de bens é **híbrido** ou **misto**.

A doutrina inclusive vai além. Rolf Madaleno sugere a criação do regime da **comunhão proporcional dos bens**, em que o patrimônio seria considerado comum na proporção dos ganhos de cada cônjuge. Também aventa a possibilidade de ser importado o modelo chileno - **regime da comunhão dos bens familiares** -, em que haveria a comunicabilidade dos bens comuns à família (residência, imóvel de lazer etc.) e separação de todos os demais que seriam próprios e exclusivos do cônjuge adquirente. Inclusive sugere a modernização do **pacto sucessório**, bem como sustenta a possibilidade de conversão do casamento em união estável.[7]

Nada justifica engessar a vontade dos cônjuges, até porque, na **união estável**, plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, tudo o que desejarem. No silêncio dos conviventes é que se aplica o regime da **comunhão parcial** (CC 1.725). No momento em que a Constituição Federal concedeu o mesmo *status* ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é necessário reconhecer como **inconstitucionais** limitações à liberdade de decidir questões patrimoniais no casamento (CC

1.641), sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão. Mas esta não é a posição do STJ, que impõe a mesma regra restritiva à união estável.

Nubentes e conviventes têm a liberdade de: (a) ficarem em silêncio, sujeitando-se ao regime da comunhão parcial; (b) escolherem um dos regimes pré-fabricados pelo legislador; ou (c) criarem, por intermédio de pacto antenupcial, o regime que quiserem, definindo, da forma que melhor lhes aprouver, o destino dos bens passados, presentes e futuros. O único limite é o mínimo ético de qualquer avença, que não deve afrontar disposição absoluta de lei (CC 1.655). Quedando-se em **silêncio** os noivos, nada manifestando antes do casamento, a lei supre a omissão e determina a incidência do **regime da comunhão parcial de bens** (CC 1.640). A própria inércia configura uma manifestação de vontade. Não sendo lavrada escritura pública de escolha do regime de bens, quando do processo de habilitação, é tomada por termo a opção pela comunhão parcial (CC 1.640 parágrafo único).

O mesmo ocorre na união estável, apesar de não estarem obrigados os conviventes a definirem o regime de bens antes do início da vida em comum, Assim, se eles não desejarem esse regime, necessariamente terão de se socorrer do **pacto antenupcial** ou **contrato de convivência**.

Os regimes disponibilizados pela lei, além de imporem obrigações aos cônjuges, disciplinam de modo diferenciado a propriedade, a administração e a disponibilidade, tanto dos bens anteriores ao casamento como dos adquiridos durante sua vigência. O regime de bens começa a vigorar na **data das núpcias** (CC 1.639 § 1.º) e cessa quando do **fim da convivência**.

Superadas as previsões legal que atribuem à separação judicial o fim do regime de bens e a partilha do patrimônio (CC 1.575 e 1.576). Mesmo antes do fim da separação (EC 66/10), a jurisprudência já reconhecia ser a **separação de fato** que marca o fim da solidariedade

familiar, sob pena de ensejar o locupletamento indevido de quem não colaborou para a aquisição do patrimônio. A norma do regime de participação final nos aquestos elucida com segurança a controvérsia (CC 1.683), regra estaria mais bem alocada entre as disposições gerais. Ainda assim, é de se entender aplicável em todos os regimes de bens.

18.3.1. Diferenças entre os regimes

A distinção entre os diversos regimes de bens mais facilmente se percebe identificando o número de **conjuntos** ou **massas** que cada um deles compreende:

Comunhão universal de bens - forma-se **um único conjunto**. Todo o acervo patrimonial - tanto o preexistente ao casamento e pertencente a qualquer dos cônjuges, como tudo o que for adquirido durante a sua vigência - compõe uma só universalidade, a ser dividida igualmente entre os cônjuges, no fim do casamento, a título de meação.

Separação convencional, ou legal - há **duas massas patrimoniais**: (1) os bens de um e (2) os bens do outro cônjuge. Cada um é titular de seu próprio patrimônio, quer tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento. Quando da separação, nada há a dividir, e cada um fica com os bens que lhe são próprios.

Comunhão parcial - são **três os blocos:** (1) os bens particulares de um; (2) os bens particulares do outro, adquiridos antes do casamento; e (3) os aquestos - bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos ou qualquer dos cônjuges. Solvido o casamento, cada um fica com seus bens particulares e mais a metade do patrimônio comum.

Participação final nos aquestos - existem **cinco universalidades de bens:** (1) os bens particulares que um possuía antes de casar; (2) os bens que o outro já possuía. Depois do casamento,

surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio adquirido por um dos cônjuges em nome próprio; (4) os adquiridos pelo outro em seu nome; e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge fica com seus bens particulares e com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são compensados os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, surge o crédito de um junto ao outro.

18.3.1. 1. Princípio da comunicabilidade

Rege o regime de bens o **princípio da comunicabilidade** do patrimônio amealhado depois das núpcias. Isso porque o casamento gera a comunhão de vidas (CC 1.511); os cônjuges têm o dever de mútua assistência (CC 1.566 III); e ambos são responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Trata-se de princípio de nítido colorido **ético**, pois tenta evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges frente ao outro. Mesmo sem a participação efetiva dos dois, há que dividir o patrimônio comum, independentemente de quem o tenha adquirido. Para ser afastada tal lógica, é necessária expressa manifestação das partes, antes do casamento, mediante **pacto antenupcial**. Também a alteração pode ocorrer mediante a **mudança do regime de bens**, durante o casamento, mas sempre por vontade dos cônjuges manifestada em juízo.

Esta regra não necessita de maior esforço para ser entendida. Prevê a lei exceções ao princípio da comunicabilidade. Algumas delas bastante lógicas e que se justificam por si. Mas algumas exclusões da comunicabilidade, previstas no regime da **comunhão universal** (CC 1.668 V) e no da **comunhão parcial**, são de todo absurdas, injustificáveis, injustas e, por tudo isso, inconstitucionais, é claro!

São excluídos da comunhão **os livros e os instrumentos da profissão** (CC 1.659 V). Trata-se de **exceção absoluta**, não

admitindo prova em contrário. Mas não há qualquer motivo para inverter regra que tem por base o pressuposto da **solidariedade familiar**. Parece decorrer da suposição de que tais bens foram adquiridos exclusivamente pelo cônjuge que deles faz uso para o desempenho de seu trabalho. Ora, é descabido atribuir exclusivamente a um dos cônjuges bens adquiridos durante o casamento, pelo simples fato de serem de uso profissional. Cabe trazer como exemplo consultórios dentários, caminhões e até sofisticadas aparelhagens de som, cujos valores sabidamente são muito elevados. Sem qualquer fundamento, pressupõe a lei que foram adquiridos por quem os utiliza. Porém, o que se vê diuturnamente é exatamente o contrário: o esforço do par na aquisição dos meios para um deles desempenhar o seu ofício.

Talvez a previsão legal tenha buscado garantir o exercício profissional e, quiçá, assegurar a quem trabalha condições de proceder ao pagamento dos alimentos ao outro cônjuge e aos filhos. Ainda assim, a regra não se justifica. Basta priorizar que, na **partilha**, tal patrimônio fique com quem o utiliza. Até é possível cogitar da indisponibilidade ou, quem sabe, impedir a partilha ou a venda dos bens necessários ao exercício da atividade profissional. O que descabe é singelamente atribuir o bem a quem o utiliza. O uso não pode alterar o domínio.

Conquanto tenha o legislador previsto esta hipótese de exclusão da comunicabilidade, às claras que se trata de dispositivo desprovido de sustentação frente ao sistema jurídico. Nitidamente é fonte de **enriquecimento sem causa** de um com relação ao outro, que, muitas vezes, fez enormes sacrifícios para adquirir o instrumental necessário para o parceiro trabalhar. Descabe atribuir a titularidade em razão da utilização para fins profissionais. Adquirido durante o casamento, o bem é comum. O só fato de ser utilizado por um dos cônjuges não tem o condão de excluir o coproprietário. À presunção de que os bens amealhados durante a vida em comum são fruto do esforço mútuo não pode ser oposta presunção outra - e absoluta -

afastando a comunicabilidade, pelo simples fato de serem utilizados na atividade laboral de um deles.

Mas esta não é a única desarrazoada exceção à comunicabilidade, cuja aplicação se revela desastrosa. Não há como excluir da universalidade dos bens comuns os **proventos do trabalho pessoal** de cada cônjuge (CC 1.659 VI), bem como as pensões, os meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (CC 1.659 VII). Ora, se os ganhos do trabalho não se comunicam e nem se dividem ganhos de igual natureza, praticamente tudo é incomunicável, pois a maioria das pessoas vive dos rendimentos do seu trabalho. O fruto da atividade laborativa dos cônjuges não pode ser considerado incomunicável, sob pena de aniquilar-se o regime patrimonial. Assim, quando a família sobrevive dos rendimentos do trabalho de um ou de ambos os cônjuges, acabaria se instalando sempre o regime da separação total de bens, ou melhor, não existiria regime de bens. Para contornar esta incongruência o STJ considera incomunicável o **direito** e não os **proventos.**[8]

Indispensável estabelecer a distinção entre fruto e produto.[9] Os **frutos da atividade laboral** dos cônjuges não podem ser considerados incomunicáveis, pois são créditos, sobras ou economias oriundos do ofício de cada consorte. Na verdade, é difícil precisar o momento exato em que os proventos do trabalho passam a ser bens comuns, volatilizados para atender às necessidades do lar conjugal.[10] Na ocasião em que a renda se transforma em **patrimônio**, por exemplo, pela compra de bens, opera-se a comunhão.[11]

Cabe figurar a hipótese em que um dos consortes adquire os bens para o lar, enquanto o outro apenas acumula as reservas pessoais advindas de seu trabalho. Consoante reza a lei, os bens adquiridos serão partilhados, enquanto os recursos entesourados pelo outro restam incomunicáveis. Flagrantemente injusto que o cônjuge que trabalha e percebe salário, mas não converte suas economias

em patrimônio, seja privilegiado e suas reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável. Tal lógica compromete o equilíbrio da divisão das obrigações familiares. Descabido premiar o cônjuge que prefere conservar em espécie os proventos do seu trabalho.

Ao depois, há quem não exerça atividade remunerada. Cabe tomar como exemplo o **trabalho doméstico**, no mais das vezes desempenhado pela mulher. A ausência de remuneração no final do mês não significa que as tarefas que desempenha não dispõem de valor econômico. São atividades que auxiliam, e muito, na constituição do patrimônio, possibilitando que se acumulem reservas orçamentárias. Ditas economias não podem ser contabilizadas como salário do varão imune à divisão, enquanto a mulher, por não ter retorno pecuniário, não é beneficiária de dito privilégio.

Como bem refere Rolf Madaleno, antes tivesse o legislador abortado a ressalva da incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, em qualquer regime de comunhão de bens, quando é sabido que, via de regra, proveem do labor pessoal de cada cônjuge os recursos necessários à aquisição dos bens conjugais. Premiar o cônjuge que se esquivou de amealhar o patrimônio por ter preferido conservar em espécie os proventos do seu trabalho pessoal é incentivar uma prática de evidente desequilíbrio das relações conjugais econômico-financeiras.[12]

As exceções ao princípio da comunicabilidade transformam-se em fonte de terríveis injustiças. São hipóteses que não admitem qualquer questionamento, gerando presunções *juris et de jure* em confronto com as normas que sustentam o regime de bens. Isto é o que basta para justificar a inaplicabilidade dessas regras de exceção, desprovidas de qualquer justificativa. Excluir da comunhão quer os ganhos dos cônjuges, quer os instrumentos de trabalho utilizados por cada um gera desequilíbrio que deságua em prejuízos injustificados e vantagens indevidas.

18.3.2. Administração

Sempre que a lei tem como indispensável a atuação **conjunta** dos cônjuges, é expressa a respeito. É o que ocorre na **emancipação** (CC 5.º parágrafo único I) e na **autorização para o casamento** do filho adolescente (CC 1.517). Também a administração do bem de família compete a ambos (CC 1.720). Quanto ao mais, cada um pode praticar os atos que não são vedados expressamente (CC 1.663).

No âmbito das relações patrimoniais, em qualquer dos regimes de bens, os cônjuges dispõem de relativa autonomia na administração, manutenção e conservação do seu patrimônio. Os **bens próprios** de cada um são administrados por seu proprietário (CC 1.642 II). Pelas dívidas contraídas na administração dos bens particulares não respondem os bens comuns (CC 1.666). Ambos podem livremente praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua **profissão** (CC 1.642 I). Como o casal exerce em igualdade de condições a administração do patrimônio conjugal, cada um tem o poder de, independentemente da autorização do outro, adquirir o necessário à **economia doméstica**. As compras podem ser feitas a crédito ou até mesmo mediante empréstimo (CC 1.643). Presume-se a concordância do par. O ato é **válido**, com o que se preservam os interesses de terceiros. No entanto, pode ser **ineficaz** frente ao cônjuge que não consentiu com tais gastos.[13] Aquele que se sentir prejudicado pode contestar em juízo a dívida, e o valor correspondente à metade do encargo, que corresponde a sua meação, deve ser reconhecido como **bem reservado**. Como há a presunção de que os gastos são feitos em proveito da família, ao cônjuge que se insurge contra a dívida é que compete o ônus de provar não ter havido benefício comum.

Araken de Assis chama de **impenhorabilidade material relativa** à proteção de alguns bens contra determinados atos isolados de um dos cônjuges (CC 1.647 a 1.652).[14]

Em sede de responsabilidade patrimonial dos cônjuges, cabe atentar que ao menos um artigo do **Estatuto da Mulher Casada** não se encontra revogado (EMC 3.º): *Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.* Essa norma permanece no sistema jurídico, nunca foi derrogada, pois jamais outra lei dispôs sobre o tema. Inclusive sua vigência é referendada na lei civil, ao afirmar, ainda que de forma pouco clara, no mesmo sentido (CC 1.663 § 1.º): *as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.*

Pelas dívidas contraídas por um dos cônjuges responde o **patrimônio comum**. Na hipótese de a dívida ser somente de um, cabe a **penhora** exclusivamente da meação do devedor. Em se tratando de **bem indivisível**, a quota-parte do cônjuge alheio à execução é preservada sobre o produto da alienação do bem (CPC 843). Comprovado que a dívida reverteu em benefício da família, possível a penhora da meação **do outro**. Em se tratando de dívida de **qualquer natureza** assumida por um dos cônjuges, cabe ao outro a prova da ausência de benefício, pois é do casal a responsabilidade pelos encargos da família (CC 1.565). Assim, presume-se que as dívidas são contraídas para tal fim. E quem quer derrubar a presunção tem o ônus da prova. Até porque, para o credor, é praticamente impossível fazer prova em sentido contrário.

A **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06) admite que o juiz proíba temporariamente a celebração de contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, por meio de medida protetiva de urgência (LMP 24 II).

O programa habitacional denominado **Minha Casa Minha Vida**, sensível à vulnerabilidade feminina, prevê que, independentemente

do regime de bens, nas hipóteses de dissolução da união estável ou divórcio, o imóvel será registrado em nome da mulher ou a ela transferido. O título de propriedade somente será atribuído ao homem se ele restar com a guarda exclusiva dos filhos (L 11.977/09 35-A e parágrafo único).

18.3.3. Vedações - Bens imóveis

É vedado a qualquer do par **vender** ou dar em **hipoteca bens imóveis** (CC 1.647 I).

Essa regra comporta exceções. No regime de **participação final nos aquestos**, é possível convencionar, no pacto antenupcial, a livre disposição dos bens imóveis particulares (CC 1.656).

No regime da **separação convencional** (CC 1.687), modo expresso, é assegurada a liberdade de cada cônjuge alienar e gravar de ônus real seus bens. Restrições à capacidade negocial do casado estão claramente postas na lei (CC 1.647). A não ser no **regime da separação absoluta de bens**, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro ou por suprimento judicial (CC 1.648): alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; (b) pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos (CPC 73 § 1.º I). O cônjuge que não participou destes atos o direito de pleitear a sua anulação (CC 1.649). Durante o período da vida em comum, o prazo é de **dois anos do fato**, prazo esse que se estende até dois anos após o término da sociedade conjugal.[15]

O **empresário** casado, no entanto, pode dispor dos bens da empresa, não havendo necessidade da outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens (CC 978). Trata-se de regra perigosa, visto que enseja a burla ao regime mediante a alegação de que o imóvel integra o patrimônio da empresa, o que facilita o desvio malicioso de bens.[16] São essas brechas legais que autorizam invocar o princípio da *disregard* na hora de dividir patrimônios.

Fora tais exceções, mesmo em se tratando de **bens particulares** adquiridos antes do casamento, vendê-los ou comprometê-los depende do consentimento de ambos. A concordância do cônjuge também é necessária para a **locação** de bem comum por prazo superior a 10 anos (L 8.245/1991 3.º). Apesar das dúvidas que têm assaltado a doutrina, não se pode identificar, no regime da comunhão parcial de bens, uma nova exceção (CC 1.665): *a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.* O uso da expressão **disposição** não significa liberdade para alienar bens imóveis, ainda que sejam bens particulares. Há quem sustente a inconstitucionalidade de tal dispositivo,[17] ou simples equívoco redacional do legislador.[18]

Para alienar ou gravar de **ônus real** bens imóveis é necessário o que se chama de **vênia conjugal**, ou seja, que ambos firmem o documento. Quando um dos cônjuges se nega a concordar com a alienação ou a instituição do gravame, é possível buscar o **suprimento judicial do consentimento** (CC 1.648 e CPC 74). Não apresentado motivo justo à resistência ou provada a impossibilidade, o juiz supre a manifestação de vontade (CC 1.648).Esse procedimento é necessário também nos casos em que é impossível a concessão da outorga uxória, por se encontrar o cônjuge em lugar inacessível, incerto ou não sabido.

Mesmo que se trate de **bem particular**, adquirido antes do casamento, a outorga é necessária. Neste caso sequer o pedido de suprimento precisa ser justificado. Trata-se de **direito potestativo** do titular do domínio.[19] Quando tais atos são praticados, a lei os rotula de **anuláveis** (CC 1.649), mas a jurisprudência reconhece a simples **ineficácia**, assegurando o direito de se ressarcir junto ao cônjuge e não frente ao adquirente.

Nem mesmo **em juízo** pode um dos consortes agir sem a concordância do outro quanto aos **bens imóveis** ou direitos a eles relativos (CC 1.647 II). Assim, é necessário que as **ações reais imobiliárias** sejam propostas por ambos (CPC 73). Nas **ações possessórias**, a citação do par é indispensável em caso de composse ou de ato praticado pelo casal (CPC 73 § 2.º). Forma-se, por força de lei (CPC 114), um **litisconsórcio necessário**, tanto no polo ativo como no polo passivo da demanda. Negando-se um dos cônjuges a intentar a ação, o outro pode solicitar o **suprimento judicial do consentimento** (CPC 74). De qualquer forma, e apesar da resistência, figuram ambos na ação, sujeitando-se os dois aos efeitos da sentença.

Quando a demanda é promovida por **um** dos consortes **contra o outro**, óbvio que não é preciso a autorização para a propositura da ação. Tendo um deles agido indevidamente, praticando ato quando não estava autorizado, pode o outro, sozinho, por si ou seus herdeiros, desconstituir a alienação ou o gravame levado a efeito sem a sua aquiescência (CC 1.642 III).

Na hipótese de ser **penhorado** bem imóvel ou direito real sobre imóvel, deve ser intimado o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens (CPC 842). Nem mesmo em **execução fiscal** cabe a penhora.[20] A defesa da meação cabe ser feita por meio de **embargos de terceiro** (CPC 674 § 2.º I).[21] Também no pedido de **substituição da penhora**, indicado bem imóvel, necessária a anuência do cônjuge. Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação (CPC 843).[22]

18.3.4. Vedações - Aval e fiança

Nenhum dos cônjuges pode prestar **aval** ou **fiança** sem o consentimento do outro (CC 1.647 III). Isso em qualquer regime de bens. Como, de um modo geral, são **garantias de favor**, que não trazem benefício à família, merecem interpretação restritiva e não há como comprometer o patrimônio comum. Essa é a justificativa para a exigência. Diz a lei que o ato é **anulável** (CC 1.649). O cônjuge que foi alijado pode ratificar o ato mediante escritura pública ou instrumento particular com firma reconhecida (CC 1.649 parágrafo único).

Somente o **consorte** - a quem cabia conceder a outorga - ou seus herdeiros têm legitimidade para buscar a invalidação (CC 1.650).[23] Salutar a restrição legal. Inviável estender dita faculdade ao fiador, ao avalista, ao afiançado ou ao avalizado, já que ninguém pode se aproveitar da própria torpeza. As dúvidas que dividiram a doutrina sobre a prova do beneficiamento e a quem cabia o ônus de tal prova foram sepultadas pelo STJ.[24] Apesar da expressão legal, rotulando de anulável a omissão, a Súmula fala em **ineficácia**.[25] A referência é somente à fiança, mas nada justifica emprestar tratamento diferente ao aval, que também é uma garantia, só que emprestada a título de crédito. Mas inválida é somente a fiança e o aval, não **a intervenção como garantidor** [26] ou a obrigação assumida na condição de **devedor solidário** em empréstimo bancário.[27] O tema consta de enunciado das Jornadas de Direito Civil.[28]

18.3.5. Vedações - Doações

Quando o doador é casado, não pode doar ou transferir bens móveis ou imóveis à pessoa com quem mantém uma união concomitante ao casamento e tampouco ao cúmplice de relação eventual. Ou seja, é **anulável** a **doação** ou a **transferência de bens** feita a

partícipe de relacionamento extraconjugal. Não faz o legislador qualquer ressalva ao regime de bens do casamento. A expressão "cúmplice" é encharcada de conservadorismo, pois dá conotação criminosa à infidelidade, não se podendo olvidar a tendência de reconhecer direitos às **famílias simultâneas e pluriafetivas**.

Dispõe o cônjuge traído de legitimidade para buscar a anulação do ato de liberalidade. Quanto ao **prazo** para a desconstituição, parece à primeira vista haver contradição entre dois dispositivos legais. No capítulo da **doação** está dito (CC 550): *A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.* No entanto, no capítulo que trata do **regime de bens**, está assegurado a qualquer dos cônjuges (CC 1.642 V): *reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.*

O **conflito** entre os dois dispositivos é apenas aparente. O prazo de **dois anos** (CC 550) tem início a partir da **dissolução** da sociedade conjugal, que acontece pela **morte** de um dos cônjuges, com o **divórcio** ou quando do **trânsito em julgado** da sentença que **anula** o casamento. Não fala a lei em separação de fato. Já o outro dispositivo (CC 1.642 V) autoriza a reivindicação dos bens comuns enquanto apenas **separado de fato** o casal por mais de cinco anos. Ora, se os cônjuges estão separados, não há como se falar em **concubinato**. Cabe atentar que a referência é ao concubino (CC 1.727), e não ao convivente da união estável (CC 1.723).

Assim, enquanto **não dissolvido** o vínculo matrimonial pode o cônjuge reivindicar os bens que foram doados ou transferidos. Até **cinco anos** após a separação de fato, nenhuma prova precisa ser produzida. Trata-se de direito **potestativo**. Decorridos mais de cinco anos, é necessária a prova da ausência de participação do

companheiro para conseguir anular o ato dispositivo (CC 1.642 V). Como quem pede a anulação da doação é o cônjuge que se sentiu preterido, cabe a ele provar que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum, e sim que se trata de **doação**.

Depois da **dissolução** do casamento passa a fluir o lapso decadencial de **dois anos** para o pedido de anulação, que também não carece de qualquer prova.

Em ambos os dispositivos (CC 550 e 1.642 V), a referência é ao "**concubino**" ou ao "**cúmplice**" de relação adulterina, figuras que só existem durante a vigência do casamento. Pode-se então concluir que somente as doações e transferências feitas antes da separação de fato é que estariam sujeitas à anulação. No entanto, a referência a "**bens comuns**" (CC 1.642 V) permite pensar que estão sujeitas à desconstituição as liberalidades levadas a efeito depois da cessação da vida em comum, mas antes da partilha de bens. Diga-se o mesmo quanto à referência ao **"esforço do concubino"** para a aquisição do bem, a evidenciar que se trata de bem adquirido depois da cessação da convivência conjugal, quando não mais cabe falar em **"bem comum "**. Tais impropriedades são reflexos do descompasso da legislação em relação ao já sedimentado entendimento jurisprudencial, no sentido de que é o **fim da vida em comum** que leva à cessação do estado condominial dos bens e da comunicação patrimonial. Com o estabelecimento desta diferenciação, tudo se soluciona com facilidade. Só se podem reivindicar bens amealhados durante a vida em comum. O que foi adquirido depois, não mais se comunica com o cônjuge, descabendo pretensão anulatória.

18.4. Pacto antenupcial

O pacto antenupcial ou pré-nupcial está regulado nos arts. 1.653 a 1.657 do CC, mas a norma que autoriza sua celebração encontra-se entre as disposições gerais do regime de bens (CC 1.639).

Antes do casamento, durante o **processo de habilitação** (CC 1.525 a 1.532), podem os noivos, livremente, estipular o que quiserem sobre o regime de bens (CC 1.640 parágrafo único). Essa liberdade só não é absoluta porque, em determinadas situações, impõe a lei o **regime obrigatório da separação de bens** (CC 1.641).

O pacto precisa ser feito por **escritura pública.** É condição de sua validade, por expressa disposição legal (CC 1.653). Como é possível casamento por procuração (CC 1.542), nada impede que o pacto também seja firmado por **procurador** com poderes especiais.[29]

Diverge a doutrina sobre sua **natureza jurídica.** Uns o consideram um **contrato**; outros, um **negócio jurídico**.[30] Nada mais é do que um **contrato matrimonial**.

Sua **eficácia** está sujeita a **condição suspensiva** (CC 1.639 § 1.º e 1.653): o casamento. O pacto existe, tem validade, faltando-lhe apenas a eficácia que vem depois, com o casamento.[31]

A lei não estabelece **prazo de validade**. Mesmo havendo a referência de que a opção pelo regime de bens ocorre **no processo de habilitação** para o casamento (CC 1.640 parágrafo único), o pacto não está sujeito ao **prazo deeficácia** da habilitação, que é de 90 dias, a contar da extração do certificado (CC 1.532). Mesmo caducando a habilitação, persiste válido o pacto.

Eleito o **regime da comunhão parcial**, não há necessidade de ser feito pacto antenupcial, pois este é o **regime legal** (CC 1.640). Basta a manifestação de vontade dos noivos ser **reduzida a termo** quando da habilitação (CC 1.640 parágrafo único). Vencido o prazo da habilitação, quando for renovado, é necessário novamente ser feita a opção pelo regime da comunhão parcial.

Questionamentos surgem quando, depois de firmado o pacto antenupcial, não acontece o casamento, mas o casal passa a viver em **união estável**. O fato de haver uma manifestação de vontade formalizada por pública escritura, não é suficiente para reger o regime de bens da união estável. Afinal, se trata de manifestação de vontade que iria adquirir eficácia com o casamento. Se este não ocorre, o pacto caduca - expressão tão ao gosto do legislador em matéria sucessória - e não produz qualquer efeito. A união estável será regida pelo regime da comunhão parcial. Nem na hipótese de a união ser convertida em casamento, o pacto adquire higidez.

Em face das terríveis distorções em sede de **direito sucessório**, alterando, por completo, o desejo dos cônjuges, vem se popularizando o uso do pacto antenupcial como forma de contornar as incongruências da lei. Chega-se ao ponto de indicar a corrente doutrinária a ser seguida.

A elaboração de pacto antenupcial é uma das ferramentas utilizadas no **planejamento sucessório** para definir questões de ordem patrimonial, na hipótese de dissolução do casamento pela morte.[32] Quando existem acervos patrimoniais significativos, para garantir a continuidade dos negócios, são utilizados sofisticados instrumentos, como a constituição de *holdings*, além de testamentos e doações, em face da imposição compulsória da herança conjugal.[33]

No instrumento do pacto é possível os noivos fazerem **doações recíprocas**. Adotado o **regime da comunhão universal**, o ato é inócuo, pois, recebido o bem doado, ele passaria a pertencer também ao doador. Assim, para ser válida a doação, é necessária a imposição de **cláusula de incomunicabilidade**. O doador deve expressamente consignar que o bem doado ficará exclusivamente para o donatário (CC 1.668 IV). Deste modo, há a instituição de **bem reservado**, já que os bens doados não se comunicam.

Além dos noivos ou seus representantes, podem **terceiros** participar do ato de lavratura do pacto antenupcial e fazer **doação de bens ao casal**. A eficácia de tais liberalidades fica condicionada à ocorrência do casamento (CC 546).

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular o que desejarem **quanto aos seus bens**, presentes e futuros,. Sustenta Cláudio Santos que o limite é tão só a afronta à lei (CC 1.655), sob pena de se atentar contra o princípio da **autonomia da vontade privada** . E acrescenta: as restrições legais não são enumerativas ou expressas, não devendo o intérprete confiar apenas no direito escrito para extrair as limitações impostas aos pactuantes.[34]

De qualquer modo, nada impede que os noivos disciplinem também questões existenciais, de natureza não patrimonial. Em face da ausência da criminalização dos atos praticados via **internet**, possível ser estipulado no pacto a proibição de ser divulgado, em qualquer meio eletrônico, imagens, informações, dados pessoais ou vídeos do outro.

A tendência é não aceitar que os noivos afastem os **deveres do casamento**, como, por exemplo, o dever de fidelidade. Mas Gustavo Tepedino e Rodrigo da Cunha Pereira invocam o princípio da menor intervenção estatal, vinculada à questão da autonomia da vontade.[35] Assim, é possível que os noivos, por exemplo, regulem a forma de convivência não monogâmica, o que não afronta disposição absoluta de lei (CC 1.655).

Também não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre **questões domésticas**. Ainda que não haja a possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles têm plena validade. Pode ficar definido, por exemplo, quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão etc.

No entanto, nula é a cláusula que prive a mãe do poder familiar, ou altere a ordem de vocação hereditária.[36] É de se ter por não escrita cláusula que implique em renúncia a alimentos, ao direito real de habitação ou ao usufruto legal dos bens dos filhos.[37] Porém, pode haver o reconhecimento de filho, que constitui prova escrita da filiação.[38]

Apesar das controvérsias, não há qualquer restrição a que seja pactuado o pagamento de **indenização** por um dos cônjuges a favor do outro por ocasião do fim do casamento, inclusive em valores progressivos conforme o tempo de duração do vínculo. Divergem as opiniões sobre a validade de tais avenças. Mathias Coltro as admite,[39] mas Cláudio Santos as reconhece como inconciliáveis com a comunhão plena de vida.[40]

Se qualquer um ou ambos os nubentes forem **menores de idade**, não há impedimento para celebrarem contrato pré-nupcial. Sua **validade** - não sua eficácia - está condicionada à **aprovação** de seu **representante legal** (CC 1.654). É necessária a transcrição, na escritura, da autorização para o casamento (CC 1.537). Para o casamento, é necessária a concordância de **ambos** os genitores ou representantes legais (CC 1.517), mas, para a ratificação do pacto antenupcial, a lei não faz essa exigência. Fala somente em representante legal. Como qualquer dos pais representa o filho menor, basta a aprovação de **apenas um** deles para o pacto ter validade. Ainda que o **consentimento para o casamento** possa ocorrer judicialmente (CC 1.519), a aprovação do pacto não pode ser suprida pelo juiz. Um lembrete: em todos os casos em que há a necessidade de suprimento judicial para o casamento, o regime de bens é o de **separação obrigatória**, o que deixa pouco espaço de deliberação aos jovens nubentes (CC 1.641 III).

Do assento de casamento deve constar o regime de bens e todos os dados referentes ao contrato antenupcial (CC 1.536 VII). Para ter

efeito perante **terceiros**, é necessário que o pacto seja **registrado** no Cartório Civil do domicílio conjugal (LRP 244) e no Cartório do Registro de Imóveis (LRP 167 I 12) do domicílio dos cônjuges (CC 1.657). Tais atos devem ser praticados após a celebração do casamento, até porque antes disso o pacto é ineficaz. Também deve ser **averbado** no registro de todos os bens imóveis particulares do casal e no registro dos imóveis que forem sendo adquiridos durante o casamento (LRP 167 II 1). Absolutamente descabida a atribuição, ao **Ministério Público**, de zelar pela fiscalização e observância dessas providências (LRP 245).

18.5. Comunhão parcial

Não tendo os nubentes celebrado pacto antenupcial, prevalece o regime da comunhão parcial. É o **regime legal**, o regime que a lei prefere (CC 1.658 a 1.666). Trata-se de regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.[41]

Tanto na **falta de manifestação** dos noivos, como na hipótese de ser **nulo** ou **ineficaz** o pacto, é esse o regime que vigora (CC 1.640).

A comunhão do patrimônio comum atende a certa lógica e dispõe de um componente **ético**: *o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um.* É preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento, presumindo a lei, ter sido adquirido pelo esforço comum do par.

Mesmo optando o par pela comunhão parcial, é possível firmarem **pacto antenupcial** para deliberar, entre outras coisas, sobre a administração dos bens particulares (CC 1.665). É lícita a **compra e a venda** entre os consortes com relação aos bens excluídos da comunhão (CC 499). Igualmente, inexiste qualquer vedação específica para **doações** de um a favor do outro.[42]

Os bens de cada cônjuge não se fundem. A **comunicação** é do patrimônio incorporado na constância do casamento. Ainda assim, explicita a lei os bens que **se comunicam** (CC 1.660). Também se presumem comuns e adquiridos em conjunto os **bens móveis**, em não havendo prova de que foram adquiridos anteriormente ao casamento (CC 1.662).

Também elenca a lei os bens que, findo o vínculo conjugal, são **excluídos** da partilha (CC 1.659) Igualmente, não se comunicam os bens cujo título de aquisição é anterior à celebração do casamento (CC 1.661). Ainda que os bens recebidos por doação ou sucessão somente por um dos consortes sejam excluídos da comunhão, os seus **frutos** se comunicam (CC 1.660 V).[43]

Quando se fala em **bens de uso pessoal** (CC 1.659 V), cabe questionar se assim se identificam **joias e adornos**, que podem chegar a cifras fantásticas. A doutrina se divide. Enquanto Pontes de Miranda[44] sustenta que se comunicam as joias adquiridas durante o casamento, porque não consistem propriamente em enfeite de corpo, Paulo Lôbo[45] as considera bens de uso pessoal, e, portanto não se comunicam. No entanto, há que se atentar à origem de tais bens. Recebidas por um dos cônjuges de **presente** do outro, configura **doação** (CC 1.659 I) e, por este motivo, são incomunicáveis. Porém, adquiridas com o objetivo de proceder a investimento financeiro, impositiva a partilha.

Absolutamente desarrazoado excluir da universalidade dos bens comuns os **proventos do trabalho pessoal** de cada cônjuge (CC 1.659 VI) e rendas semelhantes (CC 1.659 VII). Injusto que o cônjuge que trabalha por contraprestação pecuniária, mas não converte suas economias em patrimônio, seja privilegiado e suas reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável. Esta lógica compromete o equilíbrio da divisão das obrigações familiares. O casamento gera comunhão de vidas (CC 1.511). Os cônjuges têm o dever de

mútua assistência (CC 1.566 III) e são responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Assim, se um dos consortes adquire os bens para o lar comum, eles serão partilhados. Já o outro que apenas guarda o dinheiro que recebe de seu trabalho, irá permanecer com a integralidade dos valores que entesourou.

Também não se justifica a exclusão dos **livros e instrumentos da profissão** (CC 1.659 V). Não se pode partir do pressuposto de que tais bens foram adquiridos com o esforço único de quem os utiliza. Ainda que na partilha, seja dada preferência ao cônjuge que deles faz uso profissionalmente, necessário que haja compensação com bens outros, sob pena de comprometer-se o equilíbrio na divisão patrimonial.

A **administração** do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (CC 1.663), o que atende à igualdade constitucional. Não há como dar legitimidade a somente um para administrar bens comuns em face do comprometimento solidário pelas dívidas. A possibilidade de os bens particulares do administrador não responderem pelas dívidas acaba esbarrando no **ônus da prova**. Sempre surgem questionamentos: A quem cabe comprovar se um obteve ou não proveito pela dívida contraída pelo outro? É ao cônjuge do devedor que compete a prova da ausência do benefício, ou ao credor provar o beneficiamento? O fato é que, durante a convivência conjugal, presume-se que as dívidas contraídas pelo cônjuge são em favor da entidade familiar, sendo difícil a prova negativa.

No tocante ao **passivo**, é necessário considerar duas circunstâncias: a época em que a **dívida** foi contraída e a sua **causa** ou finalidade.[46] Cada consorte é responsável pelos próprios débitos anteriores ao casamento (CC 1.659 III). Os débitos de um consorte em benefício próprio, ou as dívidas referentes à administração de seus bens particulares não obrigam os bens comuns (CC 1.666). Pelas dívidas de qualquer natureza, firmadas por apenas um dos cônjuges, somente respondem seus bens particulares (EMC 3.º). Os bens

comuns respondem pelas dívidas contraídas por qualquer deles para atender aos encargos familiares, às despesas da administração do lar e àquelas decorrentes de imposição legal (CC 1.664).

Dirigida a demanda a um dos cônjuges, para a cobrança de dívida pessoal, sendo penhorados bens comuns, dispõe o outro de legitimidade para opor **embargos de terceiro** (CPC 674 a 681) na defesa de sua meação, ainda que tenha sido **intimado da penhora**.[47] Acolhidos os embargos, somente a metade do bem penhorado prossegue garantindo a execução. A meação que foi excluída da constrição judicial passa para o domínio exclusivo do cônjuge que a reivindicou, não se comunicando ao consorte.[48] O bem se torna **reservado**, independentemente do regime de bens. Em se tratando de imóvel indivisível, procedida à alienação judicial, fica reservado ao cônjuge alheio à execução a metade do valor alcançado (CPC 843).

A administração e a venda do **acervo particular** compete ao seu proprietário, salvo convenção diversa em **pacto antenupcial** (CC 1.665). Esse dispositivo tem recebido críticas da doutrina. Lia Palazzo diz que é o brado do individualismo. O extremado princípio da autonomia da vontade, que há muito tempo vem perdendo terreno no campo obrigacional, é revigorado ao arrepio de todo o avanço jurídico até aqui conquistado.[49] Claramente, a referência legal só pode dizer com a venda de **bens móveis**, pois, com relação aos **imóveis**, a alienação depende da concordância do par (CC 1.647 I). As duas normas merecem leitura harmonizada, como se dissesse: o cônjuge proprietário pode dispor de seus bens imóveis particulares, havendo autorização do outro ou suprimento judicial.[50] Não se pode olvidar que a administração de bens está integralmente regulada nas disposições gerais (CC 1.642 a 1.652), com referência a todo e qualquer regime matrimonial.

Quando um dos cônjuges é **empresário**, pode dispor dos bens da empresa, mesmo dos bens imóveis, não havendo necessidade da outorga conjugal (CC 978).

18.6. Comunhão universal

Pretendendo os noivos transformar o casamento em uma união não só de vidas, mas também de bens, é necessário que formalizem pacto antenupcial, optando pelo regime da comunhão universal (CC 1.667 a 1.671). Este é o único regime que admite a troca da titularidade do patrimônio sem a necessidade de ocorrer **mudança no registro dos bens ou pagamento de imposto de transmissão.** Bem ou mal, trata-se de uma **doação** feita pelos cônjuges entre si. Cada um torna-se titular da metade dos bens que o outro já tinha por ocasião do casamento. Adquire os bens e também as dívidas. Por ocasião do divórcio ou da morte de um dos cônjuges é que vai ocorrer a divisão de todo o patrimônio, independente de quem era o titular originário antes do casamento.

Ocorre uma **fusão** entre os acervos trazidos para o casamento pelos nubentes, formando **uma única universalidade**, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou herança. Os patrimônios se fundem em um só.[51] Comunicam-se todos os bens presentes e futuros, bem como as **dívidas passivas**[52] contraídas durante o casamento. Instaura-se o estado de **mancomunhão**, que significa propriedade em mão comum. Cada consorte é titular da propriedade e posse da metade ideal de todo o patrimônio, constituindo-se um condomínio sobre cada um dos bens, dívidas e encargos. Cada cônjuge torna-se **meeiro** de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento.[53]

Mesmo que a regra seja a comunhão, elenca a lei algumas exceções (CC 1.668). A incomunicabilidade, no entanto, não se estende aos **frutos** dos bens, percebidos ou vencidos na constância do casamento (CC 1.669). A regra legal pode ser afastada no pacto antenupcial bem como via instrumento de doação.[54]

A incomunicabilidade dos **proventos do trabalho pessoal** e de outras rendas semelhantes de cada cônjuge (CC 1.659 VI e 1.668 V) é de todo injustificável. Não há como privilegiar o cônjuge que exerce atividade laboral remunerada em detrimento do outro. Do mesmo modo não há como excluir da comunhão os **livros e os instrumentos da profissão** (CC 1.659 V). Descabido presumir que tenham sido adquiridos exclusivamente com o esforço de quem os utiliza para o seu trabalho. Ambas as hipóteses são **exceções absolutas** ao regime da comunhão, não admitindo prova contrária, o que pode gerar **enriquecimento sem causa** de um dos consortes frente ao outro.

Em alguns pontos não há simetria entre o regime da comunhão universal e o da comunhão parcial, no que diz com a comunicabilidade dos bens. As obrigações provenientes da prática de **ato ilícito**, a não ser que tenham revertido em proveito do casal, são excluídas do regime da comunhão parcial (CC 1.659 IV). Mas na comunhão universal não estão afastadas, uma vez que essa exceção não consta do elenco legal (CC 1.668). As **dívidas contraídas antes do casamento** estão fora da comunhão em ambos os regimes. No entanto, na comunhão universal, comunicam-se as dívidas provenientes de despesas referentes ao casamento e as que reverterem em proveito comum (CC 1.668 III). No regime da comunhão parcial, por falta de ressalva, nenhuma dívida pretérita se comunica nem as pessoais nem as feitas em função do casamento (CC 1.659 III).

Quando da **separação de fato**, acaba a comunhão de bens e, em consequência, cessa a responsabilidade de cada um para com os credores do outro.[55] A responsabilidade de um dos cônjuges

para com os credores do outro persiste somente com relação às **dívidas contraídas durante a convivência conjugal**. Mesmo antes da partilha dos bens, descabido impor a um o ônus por dívidas assumidas pelo outro depois de findo o convívio. Sob pena de chancelar-se o enriquecimento ilícito, não pode ser outra a leitura do texto legal (CC 1.671): *Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.* "Extinta a comunhão" só pode significar fim da comunhão de vidas, e não extinção do casamento, que só ocorre quando do divórcio, pela morte de um dos consortes ou com o trânsito em julgado da sentença que anula o matrimônio. Para que cesse a responsabilidade patrimonial, não se faz necessária a partilha de bens. O estado de mancomunhão, que persiste mesmo depois da separação de fato, não gera obrigação de quem não está com o bem sob sua posse.

Quanto à **administração dos bens** (CC 1.670), vigoram as regras que regem a comunhão parcial (CC 1.663 e 1.664). Também os arts. 1.642 a 1.650 regulamentam a gerência dos bens em todo e qualquer regime. A **alienação** ou **oneração** dos bens comuns depende da manifestação de ambos os cônjuges, não podendo ser afastada essa exigência nem por pacto antenupcial. A ressalva do art. 1.665 que diz com os bens particulares, só pode ser invocada quanto aos bens excluídos da comunhão (CC 1.668). Igualmente, pelas dívidas assumidas por um dos consortes não responde o outro nem sua meação (EMC 3.º).

De modo injustificável, é negado aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens contratar **sociedade** entre si ou com terceiros (CC 977).

18.7. Participação final nos aquestos

O regime da participação final nos aquestos é um regime misto, híbrido, com exaustivo regramento (CC 1.672 a 1.686). Traz normas

de difícil entendimento. Sua execução é complicada, sendo necessária a mantença de uma minuciosa contabilidade, mesmo durante o casamento, para viabilizar a divisão do patrimônio na eventualidade de sua dissolução. Em determinados casos, há a necessidade de realização de perícia para a identificação dos aquestos partilháveis e respectivas avaliações.

Quer porque é novo, quer porque se destina a casais que possuem patrimônio próprio e ambos desempenham atividades econômicas, é pouco procurado. No entanto, se no pacto antenupcial forem estabelecidas regras claras quanto à avaliação dos bens e os critérios incidentes para cálculo dos eventuais créditos de participação, pode apresentar-se como uma solução interessante para quem quiser um meio-termo entre a separação total e a comunhão parcial. Partilham-se os ganhos superiores de um frente ao outro cônjuge, o qual faz jus a pagamento preferentemente em dinheiro, evitando-se a cotitularidade sobre bens.[56]

Trata-se de regime em que existem **bens particulares**: os que cada cônjuge já possuía ao casar, os adquiridos por sub-rogação e os recebidos por herança ou liberalidade (CC 1.674 I e II). Também há **bens comuns**: amealhados pelo casal na constância do casamento. Chama-se de **patrimônio próprio** os bens particulares de cada um, somados aos adquiridos em nome próprio na constância do casamento (CC 1.673). Fora disso há os **aquestos**: os bens de cada um dos cônjuges mais os comuns adquiridos durante a união. Esse é o acervo a ser partilhado e compensado quando da dissolução do casamento. Cada um faz jus à metade dos **bens comuns** (acervo amealhado em conjunto pelo casal) e mais à metade **do valor do patrimônio próprio do outro** cônjuge, adquirido pelo outro durante o casamento. Do montante do patrimônio próprio de cada cônjuge, há uma compensação de valores.

Na **constância do casamento**, cada um mantém a titularidade e a **livre administração** do seu **patrimônio próprio**, que é composto

dos bens que possuía ao casar mais os bens adquiridos por ele, a qualquer título, durante a vida em comum. Os **bens imóveis** são de propriedade do cônjuge cujo nome consta do registro (CC 1.681), mas, para serem alienados, é preciso a concordância do par. No entanto, é possível, no **pacto antenupcial**, ser convencionada a livre disposição dos bens particulares (CC 1.656). Cada um pode alienar os **bens móveis** (CC 1.673 parágrafo único), ainda que se presumam adquiridos durante o casamento (CC 1.674 parágrafo único).

Assim, quando da separação, **cada cônjuge** ficará: (a) com a totalidade de seus **bens particulares** adquiridos antes do casamento; (b) com a **metade** dos **bens comuns**, adquiridos em condomínio, por ambos, durante a união; (c) com os **bensprópríos** adquiridos durante o enlace; e (d) e fará jus à **metade da diferença** do valor dos bens que o outro adquiriu no próprio nome, na constância do vínculo conjugal.

A **diferença** frente ao regime da **comunhão parcial** é que, neste, a comunicação do patrimônio é imediata, durante o casamento. No regime da comunhão final, como o próprio nome já diz, a comunhão só ocorre quando do fim do casamento. A participação é sobre o patrimônio adquirido pelo outro, mas de **forma contábil**, e não por meio da constituição de um condomínio. Após a compensação, a eventual diferença que for apurada se constitui em **crédito** de um frente ao outro, não havendo direito a parcela de bens.[57] O direito não é sobre o acervo do outro, mas sobre o **eventualsaldo** após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um.

Por ocasião da partilha, para identificar o patrimônio de cada um dos consortes, é necessário excluir os bens incomunicáveis (CC 1.674): os **bens anteriores** ao matrimônio; os bens **sub-rogados** a eles; e os adquiridos por cada um, por sucessão ou doação. É preciso também excluir as dívidas dos bens próprios, o valor dos bens doados sem autorização e das alienações feitas em detrimento da meação (CC 1.675). As eventuais diferenças são compensadas.

Para apurar os **valores líquidos**, imperiosa a realização de um **balanço contábil e financeiro**. Deve ser incorporado o valor dos bens alienados (CC 1.676), sendo possível a compensação de débitos que tenham sido solvidos pelo outro (CC 1.678). Quanto às **dívidas** posteriores ao casamento, deve-se averiguar se serviram ou não à sociedade nupcial. Tendo revertido em favor do casal, constituem **passivo comum**; caso contrário, cada cônjuge responde pela obrigação que contraiu. Débitos estritamente pessoais ficam a cargo do cônjuge devedor e oneram seus bens privativos, não podendo comprometer solidariamente o patrimônio comunicável. A determinação de que cada consorte responda pelas dívidas que contraiu, salvo comprovação de terem revertido em benefício do outro (CC 1.677), acaba por **inverter oônus da prova**. Quem pagou é que deve comprovar que o fez em benefício da família. Subverte a lei a presunção de que, na convivência conjugal, as dívidas contraídas pelo cônjuge são em favor da família, em face da responsabilidade pelos encargos familiares (CC 1.565).

Durante a vigência do casamento, não é possível renunciar, ceder ou indicar à **penhora** o direito à **meação** (CC 1.682). Como se trata de uma universalidade de bens, a identificação da meação só ocorre quando da separação de fato ou a morte de um dos cônjuges. No entanto, possível a penhora da **meação** do devedor sobre determinado bem comum. Ocorrendo a penhora sobre a totalidade do bem, o cônjuge pode resguardar sua meação por meio de **embargos de terceiro**. Esta salutar regra não deveria estar perdida no regime de participação final nos aquestos, mas constar das disposições sobre o casamento. A determinação de que o montante dos bens deve ser apurado na data em que **cessou a convivência** (CC 1.683), igualmente, estaria mais bem alocada entre as disposições gerais no capítulo do regime de bens.

É rescindível o **ato fraudulento** praticado por um dos cônjuges. Tendo um feito **doações** sem a necessária autorização do outro, o lesado ou seus herdeiros podem: (a) reivindicar os bens doados; (b)

ser compensado com outros bens; ou (c) ser indenizados em dinheiro. A apuração desses valores será feita à época da **dissolução da união**, e não a data da doação (CC 1.675). Mais uma regra aplicável a todos os regimes de bens.

Dissolvida a sociedade conjugal pela **morte**, a meação é transmitida aos herdeiros do falecido (CC 1.685). Havendo **dívidas** superiores à meação, por elas não respondem nem o viúvo nem os herdeiros (CC 1.686).

Apesar da expressão **dissolução da sociedade conjugal** (CC 1.672), o direito aos bens nasce quando **cessa a convivência** (CC 1.683). São momentos distintos que não se confundem. Quantificam-se os aquestos existentes no fim da vida em comum, por ocasião da **separação de fato**, data em que acontece o fim do casamento.

18.8. Separação de bens

Apenas dois artigos cuidam do regime separação de bens (CC 1.687 e 1.688). Mediante **pacto antenupcial**, os nubentes podem optar pela **incomunicabilidade** total dos bens, o que configura verdadeira ausência de um regime patrimonial, pois o que existe são acervos separados.

O casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um livremente **alienar** e **gravar de ônus real** os seus bens. O patrimônio passado, presente e futuro não se comunica, nem durante o casamento e tampouco quando de sua dissolução. Cada um conserva, com exclusividade, o **domínio**, a **posse** e a **administração** (CC 1.647). É de cada qual a responsabilidade pelas suas dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Assim, não há partilha. Eventual vínculo societário entre os cônjuges transborda a seara familiar e deve ser discutida no juízo cível.

Como ambos os cônjuges devem concorrer para a **mantença da família** na proporção de seus bens (CC 1.688), comunicam-se as **dívidas** ou **empréstimos** contraídos na compra do necessário à economia doméstica (CC 1.643 e 1.644).

A incomunicabilidade dos bens não afasta a **obrigação alimentar**. Aliás, neste regime da separação de bens é onde de forma mais saliente se vê a possibilidade de serem estipulados **alimentos compensatórios**, que têm por justificativa o princípio da **solidariedade familiar** e dispõem de nítido caráter **indenizatório**. Destinam-se exatamente a compensar o desequilíbrio econômico que a separação pode ensejar.

Questiona Cláudio Santos a limitação à **autonomia da vontade** dos cônjuges imposta pela lei. No pacto antenupcial tudo pode ser convencionado, contanto que não contravenha disposição absoluta de lei (CC 1.655). Mas o casamento estabelece comunhão plena de vida (CC 1.511), os cônjuges tornam-se responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565) e existem obrigações recíprocas, como a vida em comum no domicílio conjugal e a de mútua assistência (CC 1.566 II e III). Assim, não há como reconhecer a autonomia privada da vontade em termos absolutos, pois é descabido o enriquecimento de um dos cônjuges à custa do outro, por ser contrário à "essência do casamento".[58]

Em face disso, passou a jurisprudência a admitir a **divisão do acervo** adquirido durante o casamento em nome de um dos cônjuges, invocando a Súmula 377 do STF[59] que visa a evitar o enriquecimento sem causa de um do par. O esforço comum sempre foi presumido, por decorrer da vida em comum e da solidariedade que deve unir o casal.[60] No entanto, o STJ, mudou de orientação e passou a exigir a prova do esforço comum ou da participação efetiva na aquisição do patrimônio para dar ensejo à divisão.

Os maiores questionamentos sobre o regime da separação de bens situam-se no âmbito do **direito sucessório**. O consorte sobrevivente pode ser **inventariante** quando do falecimento do outro (CPC 617 I). Como o cônjuge é **herdeiro necessário** (CC 1.845), o viúvo faz jus à herança, se não houver nem descendentes nem ascendentes. No que diz ao **direito de concorrência,** como somente é excluído no regime da separação obrigatória de bens, quando o regime é eleito por convenção, o sobrevivente faz jus à fração do acervo sucessório (CC 1.829 I).[61]

18.9. Separação obrigatória de bens

A escolha do regime de bens, feita por ocasião do casamento, rege a situação patrimonial do casal durante sua vigência, mas tem maior significado quando de sua dissolução. Podem os noivos adotar qualquer dos regimes de bens previstos na lei ou gerar um regime próprio. Mantendo-se silenciosos, ou seja, não firmando pacto antenupcial, vigora o regime da comunhão parcial. Hipóteses há, no entanto, em que a vontade dos nubentes não é respeitada. Impõe a lei o regime da separação obrigatória (CC 1.641). A lei fala em regime de separação "absoluta" querendo dizer "obrigatória" (CC 1.647). Parece que a intenção é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios.

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar, é impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento. Os cônjuges podem sozinhos alienar e gravar de **ônus real** seus bens, agir em juízo com referência a eles sem a vênia conjugal, assim como podem prestar **fiança** e **aval.** Nem para a venda de bens de ascendentes a descendentes (CC 496 parágrafo único) se faz necessário o consentimento do

cônjuge. Não podem contratar **sociedade** entre si ou com terceiros (CC 977).

Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes **maiores de 70 anos** (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao **Estatuto doldoso**. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção.[62] Somente quando o casamento é antecedido de **união estável** não vigora a odiosa restrição, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem.[63]

Trata-se de presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é **absoluta**, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

Nas demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém (CC 1.641 I). Além disso, a restrição é reversível. Pode o juiz **excluir dita apenação** (CC 1.523 parágrafo único). Essa chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental ou que sequer têm família a quem deixar seus bens. Não há opção. A lei é implacável.. Essa restrição não existe na **união estável**.[64] Mas como a limitação acabava tornando mais vantajosa a união informal, passou a jurisprudência a impor o regime da separação também à união estável.[65] Surpreendentemente é feita interpretação analógica para limitar direitos.

É imposto o regime da separação de bens quando o nubente necessita de **suprimento judicial** para casar (CC 1.641 III). Ocorre quando qualquer dos genitores nega autorização ao filho, com idade inferior a 18 anos, para casar (CC 1.517). A falta de consentimento pode ser suprida judicialmente (CC 1.519). Como o juiz só supre o consentimento quando injustificável foi a negativa dos pais, acabam sendo punidos os noivos por uma resistência descabida dos genitores em concordar com as núpcias. Assim, injusto o regime da incomunicabilidade dos bens, não havendo justificativa para ser imposta qualquer tipo de punição quando a própria justiça chancelou a realização do matrimônio.

Questiona Érica Canuto: de que vale então dito suprimento? Afinal, o juiz supriu ou não supriu a falta do requisito obrigatório?[66] De qualquer forma, é no mínimo estranho que o juiz libere da penalização os noivos menores de 18 anos, cujos pais nem ao menos concordaram com o casamento, e não possa conceder o mesmo "perdão" aos noivos com mais de 70 anos.

Descabida, outrossim, a imposição do regime legal de separação de bens ao **viúvo** que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não for feito **inventário** e procedido à partilha de bens (CC 1.523 I). Prevê a lei exclusivamente a existência de **filhos comuns**, sendo omissa com relação à existência de filhos somente do falecido. Porém, ainda nesta hipótese é necessário que primeiro ocorra a liquidação do regime de bens, para que se delimite a meação do *de cujus* e sobre este montante se dê a sucessão hereditária.[67] De qualquer forma, a lei preserva o interesse dos filhos ao instituir **hipoteca legal** sobre os imóveis de seu genitor (CC 1.489 II). Presente essa cautela, excessiva mais uma apenação.

A **ausência de partilha** dos bens de matrimônio anterior (CC 1.523 III) também não justifica a imposição do regime da separação total ao novo casamento, até porque dispensável é a prévia partilha para a decretação do **divórcio** (CC 1.581). Nem mesmo a

conversão da separação em divórcio está condicionada à **partilha.**

Como as questões patrimoniais não geram impedimento para o divórcio, não cabe impor a separação de bens ao novo matrimônio invocando exatamente a mesma motivação, ou seja, ausência de partição de bens.

De qualquer forma, indispensável que conste do **mandado de averbação do divórcio** que foi realizada a partilha de bens. Caso esta venha a ocorrer em momento posterior, necessário que seja expedido novo mandado sobre a ultimação da partilha.

Por construção jurisprudencial, a interrupção da **vida em comum** implica na cessação do estado de cotitularidade do patrimônio constituído durante o período de convívio. Os bens adquiridos depois da separação passam a ser de propriedade exclusiva de quem os adquire, não se comunicando com o cônjuge, independentemente do regime de bens ou ausência de dissolução do casamento. O acervo amealhado depois de separado o casal é de propriedade exclusiva de quem o adquire, e é de todo irrelevante a ultimação da partilha para extremar com precisão a titularidade dos bens. Como a separação de fato passou a ter efeitos jurídicos, pondo fim à comunhão patrimonial, excessiva a cautela da lei. É a **separação de fato** que põe termo ao regime de bens e aos deveres do casamento, dentre eles o dever de coabitação e de fidelidade. Mesmo que não tenha havido partilha de bens, é possível a constituição de união estável. Ou seja, os cônjuges separados de fato não estão impedidos de constituírem nova família. Ora, se quem está separado e não procedeu à partilha pode viver em união estável e eleger o regime de bens, nenhuma justificativa há para limitações mais severas ao novo casamento.

Conforme sugere Érica Canuto, se o objetivo é "proteger", a alternativa que não viola os princípios da igualdade e da liberdade é

determinar que os nubentes, no procedimento de habilitação para o casamento, procedam a uma **declaração de patrimônio.** Tão só.[68]

Satisfeita a condição das causas suspensivas, não há como obrigar os cônjuges a permanecerem casados sob o regime da separação legal de bens. É lícito que lhes seja permitido alterá-lo, quando e como bem entenderem, após satisfeita a condição que gerou a causa suspensiva.[69]

Conforme Rolf Madaleno, manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens, porque as pessoas casaram sem obedecer às causas suspensivas da celebração do casamento - ou porque contavam mais de 70 anos, ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial -, é ignorar princípios elementares de direito constitucional. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.[70]

Imposto o regime da separação obrigatória, questionamentos há sobre a possibilidade e até a utilidade de os nubentes firmarem **pacto antenupcial**. Bem, se a finalidade for afastar o regime que a lei impõe, o pacto seria ineficaz. Mas se for para adotar o regime da separação total de bens, o pacto se justifica, pois a constitucionalidade da restrição legal é questionada pela jurisprudência.

Tema que entretém a doutrina diz sobre a possibilidade de, no pacto, ser afastada a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união, consagrada pela Súmula 377 do STF. Não se tratando de convenção contra disposição absoluta de lei (CC 1.655), há liberdade suficiente para a estipulação, que pode conter, inclusive, regras de disposições legais revogadas.[71]

18.10. A Súmula 377

A tentativa do Estado de reger a vida e os afetos das pessoas é de tal ordem que, além de impor um limite mínimo de idade - o que até se entende -, também impõe uma idade máxima para o casamento. A quem desobedece às recomendações legais simplesmente a lei faz de conta que o casamento não existe, ao menos quanto aos aspectos patrimoniais. É imposto obrigatoriamente o regime da separação de bens (CC 1.641). Não só os **bens particulares**, ou seja, os bens que cada um possuía antes do casamento, não se comunicam. Também os **aquestos**, bens que forem adquiridos durante a vida em comum não se sujeitam à comunicabilidade. Nem mesmo é questionada a participação de ambos na sua aquisição.[72]

O Código Civil limitou-se a reproduzir dispositivo da legislação pretérita, não atentando que a Justiça já o havia modificado. A restrição à **autonomia da vontade**, não admitindo sequer a comunhão dos bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a sumular a matéria.[73] Eis a justificativa do enunciado: *a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços.*

Ao fim e ao cabo, a jurisprudência alterou o dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Considerando que a convivência leva à **presunção do esforço comum** na aquisição de bens, determinou a adoção do regime da **comunhão parcial** para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o seu conteúdo **ético**, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de enriquecimento injustificado.

A divergência que persiste é sobre a **natureza da presunção** de comunicabilidade: se absoluta ou relativa. Ao se presumir que os aquestos se comunicam, dispensável a prova do esforço comum. O STJ, sob o fundamento de evitar confusão com o regime de comunhão parcial de bens, exige a prova de esforço comum na aquisição de bens no caso de separação legal.[74]

No mínimo, é imperioso reconhecer que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento.[75] Aliás, essa foi a lógica que inspirou a edição da súmula. O casamento gera plena **comunhão de vidas** (CC 1.511). Em decorrência do dever de **mútua assistência** (CC 1.566 III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). O casamento faz surgir verdadeiro vínculo de **solidariedade** (CC 265), não se justificando a vedação legal, sob pena de se fomentar o locupletamento indevido de um em detrimento do outro.

18.11. Alteração do regime de bens

O regime de bens é escolhido livremente pelos noivos, antes do casamento, por meio de **pacto antenupcial**. Eles podem eleger um dos regimes que a lei disponibiliza ou criar regime próprio da forma que melhor lhes aprouver. O simples **silêncio** leva a que se instaure o regime da **comunhão parcial** (CC 1.640). No entanto, no curso do casamento, há a possibilidade de os cônjuges, de comum acordo e justificadamente, alterarem o regime de bens (CC 1.639 § 2.º). Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, alterar o regime de bens na vigência do casamento pode significar que os cônjuges estão salvando a conjugalidade, na medida em que fazem ajustes patrimoniais dissolvendo incômodos de ordem econômica.[76]

Ainda que fale a lei em "alteração do regime de bens", não quer dizer que a única possibilidade seja **trocar um regime por outro**, ou fazer uma combinação entre as modalidades existentes. Como os nubentes têm plena autonomia para deliberar sobre seus bens antes do casamento, dispõem da mesma liberdade para introduzirem as modificações que quiserem durante o matrimônio.

De todo descabido que o pedido de alteração seja **justificado**. E mais, que a motivação seja provada. Ora, a simples pretensão de alterar o regime conjugal deve ser suficiente para preservar a paz conjugal.[77] Antes do casamento os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens que quiserem, e a pretensão de alterá-lo, depois das núpcias, não carece de qualquer motivação, até porque expressamente são ressalvados direitos de terceiros. Ao depois, como o divórcio pode ser obtido sem a necessidade de implemento de qualquer prazo, podendo ser levado a efeito, inclusive, extrajudicialmente, nada impede que o casal, que queira alterar o regime de bens, simplesmente se divorcie, faça um pacto antenupcial e case novamente, sem ter que dar explicação a ninguém.

Na união estável existe essa mesma possibilidade. A qualquer tempo os conviventes podem, imotivadamente, por meio de sucessivos contratos de convivência, modificar o que quiserem sobre o regime de bens. E não reconhecer que existe a mesma liberdade no casamento gera **injustificável desequiparação** entre os dois institutos. Os companheiros sempre gozaram de maior mobilidade no tocante aos bens. Sem maiores traumas, na **união estável** é possível a alteração, a qualquer tempo, das disposições de caráter patrimonial, inclusive com efeito retroativo, mediante singelo acordo despido de formalidades. Não é necessária nem chancela judicial, tampouco pública escritura ou qualquer outra modalidade de publicização.

Em princípio, o pedido de alteração só pode ser formulado se os noivos, quando do casamento, tinham a **liberdade** de escolher o

regime de bens. Para os que foram obrigados a adotar o regime da separação de bens (CC 1.641), não é autorizada a mudança. Ora, admitir-se essa possibilidade seria contrariar o teor da norma jurídica, que obriga o casamento por esse regime patrimonial, a fim de proteger um ou ambos os cônjuges.[78] No entanto, **superada** a causa que impôs o regime da separação obrigatória (CC 1.641 I e III), não há impedimento para a alteração do regime. Basta comprovar que, depois do casamento, foram atendidas as exigências legais que impediram a livre eleição do regime matrimonial.[79]

A tendência da jurisprudência é não admitir a alteração do regime de bens quando a separação foi imposta em face da **idade**, ou seja, se um ou ambos os noivos tinham ao casar, idade superior ao limite legal de 70 anos. No entanto, vem sendo reconhecido que a restrição é de flagrante inconstitucionalidade. Como a justificativa para a restrição é a possível indução do idoso a erro, como o pedido de alteração é formulado em juízo, cabe ao magistrado verificar a real intenção dos cônjuges e indeferir a pretensão, caso flagre a possibilidade da ocorrência de dano enorme a um dos requerentes.

De qualquer modo, a limitação é para a **adoção** do regime quando do casamento, não havendo qualquer restrição de idade para a **alteração** do regime durante o casamento. Na hipótese de ter sido imposto o regime pelo fato de um ou ambos os cônjuges terem mais de 60 anos, mas menos de 70, possível é a alteração do regime de bens, trazendo como único motivo a mudança da lei.[80]

O próprio Código Civil (977) confere aos cônjuges um belo motivo para o pedido de alteração do regime de bens, uma vez que, na comunhão universal, lhes é vedado constituírem **sociedade comercial**. Pretendendo os consortes se tornarem sócios, justifica-se o pedido. Do mesmo modo, a **má administração dos bens comuns** pode ensejar a alteração do regime, em vez do afastamento do cônjuge de tal encargo (CC 1.663 § 3.º). Com certeza, é mais traumático

- por ser demanda litigiosa e depender de prova - buscar o afastamento coacto do consorte da administração dos bens do que alterar consensualmente o regime matrimonial. Outra possibilidade de alteração é concedida ao **estrangeiro naturalizado brasileiro**, que pode adotar o regime da comunhão parcial de bens quando do pedido de naturalização (LINDB 7.º § 5.º).[81]

18.11. 1. Ação de alteração

Ainda que sejam livres os nubentes para moldar o regime de bens por meio de escritura pública de pacto antenupcial (CC 1.653), depois do casamento a mudança **depende de ação judicial**. Assim, o pacto é um **ato notarial** e a sua alteração um **ato judicial**. De forma injustificada, não é possível proceder à alteração do regime de bens extrajudicialmente (CPC 734). Ora, se os cônjuges, antes do casamento, podem livremente eleger o regime de bens, descabido que a sua alteração, durante o casamento, necessite de uma justificativa a ser homologada judicialmente. Para contornar a absurda exigência, nada impede que os cônjuges se divorciem e casem novamente, elegendo o regime de bens que desejarem, sem a necessidade de se submeterem à ação judicial. Cabe atentar que na **união estável**, a modificação do regime de bens pode ocorrer extrajudicialmente, a qualquer tempo, mediante simples alteração no **contrato de convivência**.

Apesar de a intervenção do Ministério Público ser limitada às ações em que existem incapazes, é determinada sua intimação do **Ministério Público** quando do recebimento da inicial (CPC 734 § 1º).

A ação deve ser proposta por ambos os cônjuges, formando-se um **litisconsórcio necessário**. A competência é da **vara de família** e o procedimento de **jurisdição voluntária** (CPC 719 a 725). Os consortes, representados por advogado, devem justificar o motivo da

troca. Entendendo necessário, o juiz pode determinar a produção de provas.

É preciso o consenso das partes. Havendo a resistência de um, não pode ser buscada a alteração. Descabe o uso do processo litigioso, não se cogitando de **suprimento judicial do consentimento** para ser buscada a alteração do regime. Cada vez mais a jurisprudência tem aliviado o rigor sobre a prova da motivação, exigência que afronta a própria autonomia do casal.[82]

É necessária a publicação de **edital** e, somente após o decurso de 30 dias, o juiz profere a **sentença**, determinando sua **averbação** nos cartórios do Registro Civil e no de Imóveis. No caso de um dos cônjuges ser **empresário**, deve ocorrer a averbação também no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. As precauções são exacerbadas, pois expressamente ressalvados interesses de terceiros.

Acolhido o pedido e levado a efeito a alteração, a própria sentença é averbada no assento de casamento mediante **mandado judicial**. A lei expressamente ressalva interesses de terceiros.

Diverge a doutrina sobre o **termo inicial** da alteração do regime de bens: se da data do **trânsito em julgado** da sentença ou da data da modificação no registro civil e imobiliário. O STJ atribui da eficácia *ex nunc* à alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do **trânsito em julgado** da decisão judicial que o modificou.[83] No entanto, **peranteterceiros** a modificação só pode surtir efeitos a partir da **averbação** da mudança no livro de casamento e do registro imobiliário. Assim, ressalvados interesse de terceiros, perante os cônjuges os efeitos podem ser *ex tunc*.[84]

Também se questiona sobre a possibilidade de os efeitos da mudança do regime **retroagirem**. Como o que não é proibido é permitido, é necessário admitir a possibilidade de a alteração atingir

bens adquiridos antes do pedido de alteração, assim como os havidos antes mesmo do casamento. Ou seja, a mudança pode atingir bens comuns ou particulares, bens já existentes ou bens futuros. A retificação pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, a depender da vontade dos cônjuges, contanto que não prejudique terceiros.[85]

O próprio texto legislativo conduz à possibilidade da eficácia retroativa ao resguardar os direitos de terceiros, ressalva essa que só tem cabimento pela possibilidade de retroação.[86] Em face da ampla liberdade de estipulação, as alterações terão os efeitos escolhidos pelo casal. No entanto, quando o novo regime determinar comunhão mais restrita, indispensável a prévia **partilha dos bens**. É o que ocorre na mudança do regime da comunhão parcial ou comunhão universal para o regime da separação convencional. Com relação aos bens já integrantes do patrimônio comum, imperiosa a divisão do ativo e do passivo, uma vez que, a partir daí, cessa a responsabilidade de cada cônjuge em relação aos credores do outro (CC 1.671).

Nada impede que sejam estabelecidos efeitos diversificados, referentes a bens determinados e em datas diversas.

Leitura complementar

ARRUDA, Élcio. Problemas atuais no direito patrimonial de família. Regime de bens. Estrutura e função. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, p. 45-90, set.-out. 2014.

BOMFIM, Silvano Andrade do. O regime da participação final nos aquestos no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 9, p. 59-80, abr.-maio 2009.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

GANDRA, Cristiane Giuriatti; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Critérios de aplicação do regime de participação final nos aquestos. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos de Oliveira (orgs.). *Problemas no direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 409-426.

MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM; Magister, Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 5-32, dez.-jan. 2012.

1

Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 17.

2

Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 291.

3

Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

4

Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 218.

5

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 176.

6

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 138.

7

Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 23-28.

8

Recurso especial. (...) União estável. Regime de bens. Comunhão parcial. Bens adquiridos onerosamente na constância da união. Presunção absoluta de contribuição de ambos os conviventes. Patrimônio comum. (...) Frutos civis do trabalho. Interpretação restritiva. Incomunicabilidade apenas do direito e não dos proventos. (...) 2. Na união estável, vigente o regime da comunhão parcial, há presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são resultado do esforço comum dos conviventes. 3. Desnecessidade de comprovação da participação financeira de ambos os conviventes na aquisição de bens, considerando que o suporte emocional e o apoio afetivo também configuram elemento imprescindível para a construção do patrimônio comum. 4. Os bens adquiridos onerosamente apenas não se comunicam quando configuram bens de uso pessoal ou instrumentos da profissão ou ainda quando há subrogação de bens particulares, o que deve ser provado em cada caso. 5. Os frutos civis do trabalho são comunicáveis quando percebidos, sendo que a incomunicabilidade apenas atinge o direito ao seu recebimento. 6. Interpretação restritiva do art. 1.659, VI, do Código Civil, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial. (...). 9. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.295.991/MG, 3.ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11/04/2013).

9

(...) Distinção entre frutos e produto. (...) 6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1.º do art. 5.º da Lei 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie. 7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha. 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. de L. P. S. provido (STJ, REsp 1.171.820/PR, 3.ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 07/12/2010).

10

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 190.

11

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 183.

12

Rolf Madaleno, Curso de Direito de Família, 724.

13

[13] Idem, 58.

14

Araken de Assis, Manual da execução, 241.

15

Rosa Maria de Andrade Nery, Manual de direito civil: família, 286-287.

16

Sérgio Gischkow Pereira, Observações sobre os regimes de bens e o novo Código Civil, 21.

17

Lia Palazzo Rodrigues, Algumas considerações sobre o direito de família..., 200.

18

Sérgio Gischkow Pereira, Observações sobre os regimes de bens e o novo Código Civil, 21.

19

Outorga uxória. Suprimento. Provada a exclusividade do bem, e provada a recusa do cônjuge em autorizar a sua alienação, é cabível de imediato o deferimento de suprimento da outorga uxória. Se o cônjuge é comprovadamente o proprietário exclusivo do bem, então a recusa da mulher em fazer a outorga uxória é evidentemente injusta. O proprietário exclusivo não necessita provar a justiça ou injustiça das razões que levaram o outro cônjuge a negar a autorização. Tal comprovação só seria necessária se o bem a ser alienado fosse comum. Agravo provido. Em monocrática. (TJRS, AI 70059080002, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 27/03/2014).

20

Súmula 112 do TFR: Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por quotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.

21

Súmula 134 do STJ: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

22

Embargos de terceiro. Meação de cônjuge. Penhora incidente sobre imóvel indivisível. Meação sobre o produto da alienação do bem. Aplicação do art. 655-B do CPC. Inconstitucionalidade. Inexistência. Dispositivo que reforça o princípio constitucional da efetividade da jurisdição. Conforme disposto no art. 655-B do CPC, possível submeter à penhora a integralidade do bem indiviso de propriedade comum, cabendo, no entanto, ao cônjuge não executado o valor equivalente à sua meação, calculado sobre o preço alcançado com a alienação judicial do bem. Recurso desprovido. (TJSP, AC 0053453-86.2008.8.26.0564, 30.ª C. Dir. Priv., Rel. Andrade Neto, j. 15/08/2012).

23

Ação de despejo c/c cobrança de aluguéis e acessórios da locação. Prestação de fiança. Ausência de outorga uxória. Legitimidade. A nulidade da fiança por ausência de outorga uxória não pode ser arguida pela parte que subscreveu o contrato, mas tão somente pelo cônjuge a quem cabia conceder a outorga. (TJMG, AC 1.0701.11.006500-3/001, 15.ª C. Cív., Rel. Tiago Pinto, j. 27/02/2014).

24

Agravo regimental em recurso especial. Ação anulatória de aval. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial, a fim de anular o aval prestado sem o consentimento do cônjuge. Insurgência recursal da ré. 1. Nos termos do art. 1.647, III, do CC, é necessária vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada. 2. Precedentes específicos desta corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1.082.052/RS, 4.ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 19/09/2013).

25

Súmula 332 do STJ: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

26

Ação ordinária anulatória de fiança. Contrato bancário no qual o marido da apelante figura como devedor solidário. Desnecessidade de outorga uxória para figurar como interveniente garantidor. Inaplicabilidade dos preceitos sobre fiança ao devedor solidário. Precedentes. Apelação improvida. (TJRS, AC 70055711568, 13.ª C. Cív., Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, j. 15/05/2014).

27

Negócios jurídicos bancários. Ação monitória. Outorga uxória. Indexador. Ação monitória baseada em contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Embargante que assinou o contrato na condição de devedor solidário. Desnecessária a outorga uxória. Indexação pela UPF. Apelação provida. (TJRS, AC 70050489004, 11.ª C. Cív, Rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. 09/10/2013).

28

Enunciado 114 do CJF: O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

29

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 185.

30

Ver, por todos, Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 196.

31

Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 196.

32

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 397.

33

Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 27.

34

Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 197.

35

In Fabiana Domingues Cardoso, Regime de bens e pacto antenupcial, 194.

36

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 146.

37

Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 207.

38

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 186.

39

Antônio Carlos Mathias Coltro, Referências sobre o contrato de união estável, 429.

40

Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 209.

41

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 178.

42

Idem, 179.

43

Ação de divórcio. Partilha. Doação. O valor principal, de propriedade exclusiva da apelada, não pode ser partilhado. Porém, os rendimentos, sim, pois, como se sabe, os frutos decorrentes de bens particulares comunicam-se, nos termos do art. 1.660, V, do Código Civil, até a data da separação das partes. Recurso parcialmente provido. (TJRS, AC 70065864308, 7.ª C. Cív., Rel.Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 26/08/2015).

44

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, 280.

45

Paulo Lôbo, Código Civil comentado, 288.

46

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 155.

47

Súmula 134 do STJ: Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

48

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 166.

49

Lia Palazzo Rodrigues, Algumas considerações sobre o direito de família..., 202.

50

Paulo Lôbo, Famílias, 323.

51

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 185.

52

Dívida é débito, mas o uso da expressão dívida passiva é para evitar confusão com dívida ativa, que diz respeito a créditos tributários.

53

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 193.

54

Recurso especial. Regime de bens. Comunhão de bens. Doação. Matrimônio anterior. Art. 265 do Código Civil de 1916. Cláusula genérica. Frutos civis. Incomunicabilidade. Possibilidade. Cláusula expressa. Inexistência de vedação. Conta conjunta no exterior. Incontroversa. Princípio da boa-fé objetiva. Necessidade de

partilha. Fundamento autônomo. Enriquecimento sem causa. Súmula 283/STF. Alimentos. Dever de sustento. Filho comum. Binômio necessidade e possibilidade. Súmula 7/STJ. Necessidade de pacto antenupcial. Súmulas 282, 356 e 284/STF. 1. O doador pode dispor em cláusula expressa a incomunicabilidade dos frutos de bem doado no benefício exclusivo do cônjuge beneficiário antes da celebração de casamento sob o regime de comunhão parcial dos bens. 2. O mandamento legal previsto no art. 265 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 1.669 do atual Código Civil), de natureza genérica, não veda previsão em sentido contrário. (...) 4. O princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) rege as relações de família sob o prisma patrimonial. 5. Incide o óbice da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, pois há fundamento autônomo inatacado no especial, a saber: a possibilidade de locupletamento ilícito do cônjuge varão de quantia pertencente ao casal. (...) 8. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (STJ, REsp 1.164.887/RS, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 24/04/2014).

55

(...) Benfeitorias realizadas pela esposa após a separação de fato. Comprovação. Exclusão, da partilha, de parte do valor da edificação levantada. 1. O fim do regime de bens do casamento se dá com a separação de fato do casal, mesmo que a formalização do rompimento em âmbito judicial lhe seja muito posterior. 2. As benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel apenas pela ex- esposa, com recursos financeiros próprios e após a separação de fato, não integram o conjunto de bens partilháveis do casal. Exclusão da partilha de parte do valor da edificação levantada no bem imóvel. 3. Apelo provido em parte. (TJMG, AC 1.0344.10.004778-8/001, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Áurea Brasil, j. 23/05/2013).

56

Tereza Cristina Mafra e Cristiane Gandra, Critérios de aplicação do regime de..., 426.

57

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 195.

58

Francisco Cláudio de Almeida Santos, O pacto antenupcial e a autonomia privada, 208.

59

Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

60

Separação judicial. Alimentos. Pedido de fixação em favor da ex-esposa. Prova. Desnecessidade. Partilha. Regime da separação convencional de bens. Cabimento. (...) 2. Correta a partilha de bens determinada na sentença, pois, tendo as partes casado pelo regime da separação legal de bens, sem pacto antenupcial, portanto, devem ser partilhados os aquestos, isto é, os bens adquiridos com esforço comum do casal na constância do casamento. Recursos desprovidos. (TJRS, AC 70041835067, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 15/02/2012).

61

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 165.

62

Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 300.

63

Recurso especial. Regime de bens. Separação obrigatória. Doação anterior ao matrimônio. Vigência de união estável. Doação na constância do casamento. (...) 2. Discussão relativa à validade de doações efetuadas pelo *de cujus* à sua consorte, antes e após o casamento, realizado sob o regime da separação obrigatória de bens. (...) 4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 5. Não obstante, de acordo com a boa regra de hermenêutica, as normas que limitam o exercício de direitos devam ser interpretadas restritivamente, a mera utilização de outro instrumento, que não a escritura de pacto antenupcial para formalização do negócio, não é suficiente para conferir-lhe validade. 6. Se tivesse sido, desde logo, celebrado o casamento, quando iniciado o relacionamento entre as partes, o qual perdurou, no total, por mais de 30 anos, não haveria a obrigatoriedade da adoção do regime da separação obrigatória de bens, pois o *de cujus* ainda não completara 60 anos de idade. 7. Mesmo não sendo expresso, naquela época (1978), o princípio segundo o qual a Lei deverá reconhecer as uniões estáveis, fomentando sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º, da CF), não havia - e não há - sentido em se admitir que o matrimônio do *de cujus* e da recorrida tenha implicado, para eles, restrição de direitos, ao invés de ampliar proteções. 8. Ausente qualquer outro vício que macule a doação anterior ao casamento; e advinda incontroversamente da parte disponível do doador, a doação realizada na constância da união estável das partes, iniciada quando não havia qualquer

impedimento ao casamento ou restrição à adoção do regime patrimonial de bens, não se reveste de nulidade somente porque algum tempo depois, as partes celebraram matrimônio sob o regime da separação obrigatória de bens. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (STJ, REsp 1.254.252/SC (2011/0122717-2), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/04/2014).

64

Euclides de Oliveira, Impedimentos matrimoniais na união estável, 190.

65

Ação de divórcio. Reconhecimento de união estável. Regime de bens. (...) Separação legal de bens. Partilha de imóvel adquirido na constância do relacionamento comum. Súmula 377 do STF. Esforço comum não demonstrado. Sentença mantida. 1. É obrigatório o regime de separação de bens na união estável quando um dos companheiros for maior de 70 (setenta) anos, em analogia ao art. 1.641, II, do CC. 2. A não extensão do regime da separação obrigatória de bens à união estável em razão da senilidade de um ou de ambos os conviventes, seria um desestímulo ao casamento e destoaria da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, que se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário. 3. Apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser partilhados entre os ex-conviventes, nos termos da Súmula 377 do STF. 4. Recurso conhecido e improvido. (TJDF, AC 20130110666922, 3.ª T. Cív., Rel. Des. Getúlio De Moraes Oliveira, j. 08/05/2014).

66

Érica Verícia de Oliveira Canuto, A contradição..., 73.

67

Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 298.

68

Érica Verícia de Oliveira Canuto, A contradição..., 71.

69

Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 297.

70

Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 167.

71

Fabiana Domingues Cardoso, Regime de bens e pacto antenupcial, 126.

72

Ação anulatória. Pedido. Interpretação. Regime da separação legal de bens. Súmula 377 do STF. Bens adquiridos durante o casamento. Esforço comum. Presunção. Comunicação dos aquestos. (...) A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal preconiza que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça o esforço comum é presumido e decorre da existência de vida em comum, representada precipuamente pela solidariedade que deve unir o casal e presença em todos os momentos da convivência, sendo pouco significado avaliar a contribuição financeira de cada um. Os negócios jurídicos celebrados para que o imóvel adquirido durante o casamento conste em nome exclusivo de um dos cônjuges não são nulos, pois não alteram a comunhão da propriedade decorrente do regime de casamento imposto pela lei e do entendimento cristalizado na Súmula 377 do STF. A doação inoficiosa é a liberalidade que ultrapassa a metade disponível do doador ao tempo de sua realização. (...) (TJMG, AC 1.0514.07.023387-9/001, 14.ª C. Cív., Rel. Des. Estevão Lucchesi, j. 23/05/2013).

73

Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

74

Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do CC (redação anterior à Lei 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal. Necessidade de prova do esforço comum. Comprovação. Benfeitoria e construção incluídas na partilha. Súmula 7/STJ. 1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do CC, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento. 2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública. 3. (...) 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.403.419/MG, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/11/2014).

75

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 663.

76

Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 206.

77

Regime de bens. Alteração. Possibilidade. Interesse processual. Existência. Recurso especial provido. 1. O Código Civil de 2002 alterou o ordenamento jurídico brasileiro, modificando o sistema em relação ao princípio da imutabilidade absoluta de regime de bens permitindo a sua alteração justificada ou motivada e desde que demonstrado em procedimento de jurisdição voluntária a procedência da pretensão que deve ser manifestada por ambos os cônjuges, observados os direitos de terceiros. 2. Presente o interesse processual, apto a possibilitar a pretendida alteração de regime conjugal já que a paz conjugal precisa e deve ser preservada. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.446.330, 3.ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17/03/2015).

78

Débora Gozzo, Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável, 143.

79

Ação de alteração de regime de bens. Casamento realizado sob a égide do Código Civil de 1916. Menoridade da esposa. Modificação do regime depois de atingida a maioridade. Possibilidade em tese. Fundamentação do pedido. Exigência legal descumprida. Recurso parcialmente provido. 1. O Código Civil de 2002 prevê, de modo expresso, no art. 1.639, § 2.º, que o regime de bens pode ser alterado na vigência do casamento. 2. Atingida a maioridade dos cônjuges, cessam os motivos que impuseram o regime obrigatório de separação de bens. Logo, a alteração é mesmo possível. (...) (TJMG, AC 1.0079.12.030931-9/001, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 26/11/2013).

80

A Lei 12.344/10 majorou o limite de idade de 60 para 70 anos.

81

Maria Helena Diniz, Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada, 229.

82

Ação de alteração de regime de bens. (...) 4. Embora o art. 1.639, § 2.º, do CC exija que os cônjuges apresentem motivação relevante para justificar o pleito de mudança do regime de bens, tal exigência não deve ser vista com rigor excessivo por parte do julgador, sob pena de restar configurada interferência demasiada e indesejada no âmbito familiar. Deve, assim, o julgador prestigiar a autonomia privada e autorizar a mudança de regime, sem indagações desnecessárias quanto à pretensão dos requerentes. 5. Tendo os cônjuges indicado as razões pessoais pelas quais requerem a alteração do seu regime de bens, mostra-se incabível o decreto judicial de improcedência do pedido inicial, sob a alegação de ausência de indicação da motivação do pedido, devendo a sentença proferida ser cassada. (...) 7. Apelação conhecida e parcialmente provida. Sentença cassada. (TJDF, AC 20140910057469, 1.ª T. Cív., Rel. Simone Lucindo, j. 19/11/2014).

83

[83] Recurso especial. Dissolução do casamento. Alteração do regime de bens. Termo inicial dos seus efeitos. *Ex nunc*. (...) 1. Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2. Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento (*ex nunc* ou *ex tunc*) e do valor dos alimentos. 3. Reconhecimento da eficácia *ex nunc* da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1.639, § 2.o, do CC/2002. (...) 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.300.036/MT, 3.ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13/05/2014).

84

Alteração de regime de casamento. Art. 1.639, § 2.º, CC. Possibilidade. Efeitos prospectivos. Desnecessidade de sua exigência para garantia do direito de terceiros. Recurso provido. Nos termos do art. 1.639, § 2.º, do CC, é admissível a alteração do regime de bens depois de pedido motivado de ambos os cônjuges, desde que apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados o direito de terceiros. A modificação do regime de bens somente surtirá efeitos perante terceiros a partir do instante da averbação da sentença no livro de casamento (art. 100, § 1.º, da Lei 6.015/73), e, após o registro, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. Assim, inexiste óbice em se determinar que a alteração de regime de bens possua efeitos *ex tunc* em relação

aos cônjuges, uma vez que já ressalvados o direito de terceiros. Recurso provido. (TJMG, AC 10223110067749001, Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, j. 26/06/2014).

85

Ação dívórcio. Alteração do regime de bens. Inocorrência de nulidade. Partilha dos bens. Sociedade constituída antes da alteração. Necessidade de partilha das cotas. Apelo parcialmente provido. I. Não há que se falar em nulidade da alteração do regime, que ocorreu em razão de acordo realizado em audiência de ação de separação consensual, na presença de juiz, estando as partes acompanhada de advogado e com parecer favorável do membro do Ministério Público, sendo expostas as razões do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2.º do Código Civil. II. Os imóveis adquiridos no período em que o regime do casamento era o de comunhão parcial devem ser partilhados. III. Apelo parcialmente provido. (TJMA, AC 46.269/2014, 5.ª C. Cív., Rel, Des. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, j. 17/08/2015).

86

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 157.

19. PARTILHA DE BENS

SUMÁRIO: 19.1 Questões patrimoniais - 19.2 Mancomunhão - 19.3 Uso exclusivo de bem comum - 19.4 Sub-rogação - 19.5 Dívidas e encargos - 19.6 FGTS, verbas rescisórias e créditos trabalhistas - 19.7 Ativos financeiros - 19.8 Acervo societário - 19.9 Outros bens e direitos - 19.10 Desconsideração da personalidade jurídica: *Disregard* - 19.11 Edificação em imóvel de terceiros - 19.12 Promessa de doação - 19.13 Usucapião familiar - 19.14 Aspectos processuais: 19.14.1 Ação de partilha - 19.14.2 Ação de anulação da partilha - Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.523 III, 1.575, 1.576, 1.581, 1.641 I, 1.240-A; CPC 731 parágrafo único; Lei 12.424/11.

19.1. Questões patrimoniais

O fim dos vínculos afetivos - casamento ou união estável - produz reflexos de várias ordens. Mas claro que as questões de natureza patrimonial são as que geram maior desentendimento. A identificação do que cabe ser partilhado ou não, guarda estrita relação com o **regime de bens**, quer no casamento, quer na união estável. Assim, ao se falar em partilha, primeiro precisa identificar-se o regime de bens, pois em cada um deles existe um rol de bens e encargos excluídos de comunicabilidade, e ficam fora da partilha.

Seja qual for o regime de bens - exceto no regime da separação convencional (CC 1.687) -, o fim da entidade familiar tem efeitos econômicos. O ideal é que as partes procedam à divisão dos bens quando do fim do relacionamento. Não é o que ocorre, até porque a lei admite que a partilha não ocorra por ocasião do divórcio (CC 1.581 e CPC 731 parágrafo único). O *STJ* inclusive sumulou o tema.[1]

Na união estável, como seu fim ocorre com a simples separação de fato, a divisão do patrimônio tende a acontecer depois. Sequer têm as partes o cuidado de formalizar o fim da vida em comum. E, quando estas questões chegam à Justiça, o processo se perpetua.

A lei tenta impedir que ocorra **novo casamento** antes da divisão do patrimônio. Impõe restrições antes da prévia divisão dos bens. Simplesmente o divorciado **não pode casar** antes da partilha dos bens (CC 1.523 III). A quem descumpre esta recomendação legal é imposto o regime da **separação de bens** (CC 1.641 I). Ou seja, são subtraídos efeitos patrimoniais ao casamento. Por óbvio que a intenção é evitar o embaralhamento de bens pela eventual sobreposição de titulares.

Ou seja, a não realização da partilha é **causa suspensiva** para novo casamento. Desobedecendo, os noivos a recomendação de não casarem, o regime é o da separação legal de bens. A preocupação existe somente no casamento. Silencia o legislador com relação à união estável, ainda que iguais confusões possam surgir enquanto não estremado o patrimônio de cada convivente. Portanto, em princípio, o mesmo deveria se aplicar ao fim da união estável. Como esta se constitui e se dissolve sem a chancela do Poder Judiciário, também não há como condicionar a constituição de uma união estável à prévia partilha de bens de casamento ou união anterior. Por falta de expressa previsão legal, a tendência é as restrições se limitarem ao fim de um casamento e ao início de outro.

Findo o casamento ou a união estável, são alvo da partição não só bens de conteúdo econômico. Modo frequente, o casal tem **animais de estimação** que geram discórdia sobre quem ficará com eles. Assim, possível estipular não só a custódia, mas também o direito de convivência e o pagamento de alimentos.

Além dos bens, também as **dívidas e os encargos** são de responsabilidade de ambos. A quantificação do patrimônio depende de um cálculo simples: ativo menos passivo. O produto dessa operação

matemática é que cabe ser dividido, é o que se costuma chamar de **aquestos**: bens adquiridos durante o casamento ou a união estável.

Mesmo que a partilha seja levada a efeito mediante **acordo**, quer nos autos do divórcio, quer na dissolução da união estável, está sujeita à chamada **cláusula de dureza** (CC 1.574 parágrafo único e LD 34 § 2.º): a possibilidade de não ocorrer a **homologação judicial** quando o juiz verificar que a avença causa prejuízo enorme a uma das partes, desatendendo aos interesses de um deles.[2] A hipótese ainda é recorrente nos dias de hoje, em que a igualdade entre o homem e a mulher ainda não ingressou na esfera doméstica.

A desigualdade na partilha configura transferência patrimonial, gerando a incidência do **ITCD** - Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações, que é chamado de **imposto de reposição**.[3] Como o desequilíbrio na divisão do patrimônio configura **doação** de um cônjuge ao outro, o Código Tributário Nacional delega aos Estados sua regulamentação, autorizando a eleição do **sujeito passivo** (CTN 42). Alguns Estados atribuem a obrigação ao doador e outros ao donatário. Mas não há como impor o pagamento justamente a quem supostamente doou bens. É descabido que, quem fica com menor patrimônio ainda seja onerado com o pagamento do imposto. Até porque não se trata propriamente de doação, mas de composição da partilha do patrimônio. Nitidamente *inconstitucional* atribuir o encargo ao doador, por ofender o *princípiodacapacidadecontributiva*, na medida em que é o beneficiário o titular da riqueza que está sendo tributada.

19.2. Mancomunhão

Quer no casamento, quer na união estável, quando o regime do casamento prevê a comunhão do patrimônio adquirido durante o período de convívio, os bens pertencem a ambos em partes iguais. A presunção é que foram adquiridos pela **comunhão de esforços**

para amealhá-los. Cada um é titular da metade e tem direito à **meação** de cada um dos bens. Esta copropriedade recebe o nome de **mancomunhão**, expressão corrente na doutrina, que, no entanto, não dispõe de previsão legal. É o estado dos bens conjugais antes de sua efetiva partilha. Nada mais significa do que propriedade em "mão comum", ou seja, pertencente a ambos os cônjuges ou companheiros. Tal figura distingue-se do **condomínio**: quando o casal detém o bem ou coisa simultaneamente, com direito a uma fração ideal, podendo alienar ou gravar seus direitos, observada a preferência do outro (CC 1.314 e seguintes).[4]

A **comunicabilidade** é a regra, que admite exceções, a depender do regime de bens eleito pelo par, via pacto antenupcial ou contrato de convivência. Com o fim da convivência, cessa a presunção de aquisição dos bens a duas mãos. Adotado o regime da separação convencional de bens, necessária a prova do esforço mútuo para eventual partilha dos bens adquiridos durante o casamento.[5]

Apesar da equivocada - e já revogada - a previsão legal (CC 1.575 e 1.576), nunca foi a separação judicial nem é o divórcio ou a declaração judicial da extinção da união estável que põem fim ao regime de bens. É a **separação de fato** que sinaliza o fim da comunicabilidade patrimonial.

Se algum bem comum permanecer na posse exclusiva de um, sob pena de se chancelar o **enriquecimento sem causa**, dispõe o outro de um crédito pelo uso exclusivo. Tratando-se de bem que rende frutos, a metade precisa ser entregue que também é proprietário (LA 4.º parágrafo único. Equivocadamente a jurisprudência nomina estes valores de **alimentos compensatórios**. A medida é mais do que salutar. Afinal, se quem permanece usando bem comum, não se sujeita a qualquer ônus, jamais terá interesse em proceder à divisão do patrimônio.

Caso o único bem a partilhar seja imóvel que serve de residência à família, caso a venda não permita a aquisição de dois outros, impositivo relegar a alienação para momento posterior. Principalmente se no imóvel reside um dos pais e os filhos. Para permitir que a permanência do uso da residência comum cabe invocar o **direito constitucional à moradia** (CF 6.º), o **direito real de uso** (CC 1.412) e até o **direito real de habitação** (CC 1.412, 1.414 e 1.831). Apesar de o último instituto ser afeito ao direito sucessório e a favor do cônjuge, pode ser analogicamente aplicado em situações excepcionais a favor dos filhos menores.

19.3. Uso exclusivo de bem comum

Com o fim do relacionamento, modo frequente, fica o patrimônio na posse de somente um dos cônjuges. Sendo dois os titulares e estando somente um usufruindo do bem, impositiva a divisão de **lucros** ou o pagamento pelo **uso, posse e gozo**. Reconhecer que a mancomunhão gera um comodato gratuito é chancelar o **enriquecimento injustificado**. Assim, depois da **separação de fato**, mesmo antes do divórcio e independentemente da propositura da ação de partilha, cabe impor o pagamento pelo uso exclusivo de bem comum.

Quando se trata de **bem imóvel**, que resta na posse de um dos cônjuges ou companheiros, a tendência é determinar o pagamento da **metade do valor** que o mesmo renderia caso estivesse alugado. Ainda sim, não se trata de aluguel, mas de encargo de caráter **indenizatório**. Diverge a jurisprudência sobre o termo inicial da obrigação. Seguindo a orientação do *STJ*[6] a tendência é impor o encargo somente após a **citação** na ação de cobrança. Mas há decisões relegando o pagamento para depois do decreto da **partilha**.[7] No entanto, como desde a **separação de fato** passou um a usufruir sozinho de um bem comum, este deve ser o marco para o pagamento. A **notificação** do usuário, que inclusive pode ocorrer **extrajudicialmente**, deve servir tão só para constitui-lo em mora. Mas esta

tese não tem vingado sob a alegação de afrontar o **princípio da boa fé objetiva**.[8]

Uma distinção necessita ser feita. Permanecendo no imóvel quem faz jus a **alimentos** - seja o ex-cônjuge, sejam os filhos -, não cabe a imposição do encargo, pois o uso configura **alimentos *in natura*** . O valor correspondente cabe ser considerado por ocasião da fixação dos alimentos.

Quando o bem que permanece com um do par rende **frutos ou renda**, assegura a Lei de Alimentos (4.º parágrafo único) a imposição do pagamento de **alimentos provisórios**. Nada mais do que a entrega de parte da renda líquida ao outro. A expressão é de todo inadequada, pois não se tratam de alimentos e nem dispõem do caráter de provisoriedade. Passou a jurisprudência a denominar de **alimentos compensatórios** a obrigação de entrega da metade dos rendimentos dos bens comuns que estão na posse de somente de um deles.[9] E quem fica na sua administração, tem a obrigação de **prestar contas**.[10]

A exigibilidade do pagamento não está adstrita à propositura de uma ação de alimentos e nem se limita ao regime da comunhão universal de bens. Existe em qualquer regime em que haja **comunhão de aquestos**. Não há outra forma para pressionar a ultimação da partilha, procedimento dos mais demorados. De um modo geral o autor da ação é quem está alijado da posse e dos rendimentos de bens que também são seus. Às claras que o réu não tem qualquer interesse que a ação chegue ao fim. Ao menos, se tiver de dividir rendimentos, há uma chance de o autor receber sua parte do patrimônio.

Quando depois do fim da convivência um do par fica na posse de bem comum e realiza **benfeitorias úteis ou necessárias**, possível

exercer o **direito de retenção**, até ser reembolsado pelas despesas que comprovadamente arcou.[11]

19.4. Sub-rogação

Quem tem bens recebidos por **doação** ou **herança**, adquiridos antes do casamento ou da união estável, a depender do regime de bens, tal patrimônio é incomunicável. São **bens particulares** e continuam pertencendo, com exclusividade, ao seu titular quando da dissolução do casamento ou da união.

A titularidade exclusiva permanece, inclusive, com relação aos bens adquiridos com o **produto da venda** dos bens particulares, ainda que a transação ocorra durante o período do relacionamento. É o que se denomina de sub-rogação. A regra é a comunicabilidade, a sub-rogação é a exceção, cuja prova precisa ser feita por quem quer excluir o seu bem da partilha.[12]

Se durante a união houve a alienação de um bem particular e a aquisição de um de **maior valor**, ocorre somente **sub - rogação parcial**, devendo ser alvo da partilha a diferença do acréscimo patrimonial. Apura-se o valor do bem adquirido à data do fim da união e abate-se a fração quitada com o bem particular.

O cálculo é elaborado sobre o **valor do bem**, não cabendo somente o reembolso do numerário pago no período. Por exemplo, se o bem particular correspondeu a 20% do valor do que foi adquirido, quando da partilha o titular da sub-rogação recebe 20% do valor do bem, avaliado quando da separação.

19.5. Dívidas e encargos

O conceito de patrimônio é ativo menos passivo. Ou seja, comunicam-se não só os bens adquiridos, mas também as dívidas e

os encargos existentes. Assim, no fim da união cabe ser partilhado o acervo patrimonial comum: os **bens** que são de propriedade do casal e também as **dívidas** contraídas em prol da família.[13]

Adquirido bem mediante **financiamento** é preciso identificar o número de prestações quitadas durante a vigência do casamento ou da união. É esta a fração do bem a ser partilhado. Não se leva em conta o montante desembolsado, mas a **percentagem do bem adquirido**. Ficando um dos cônjuges com o bem, o outro deve perceber o valor correspondente à metade da fração que foi paga durante o período de convívio, proporcionalmente ao número de parcelas pagas. O cálculo deve tomar por base o valor à data da separação de fato.[14]

Incidindo **ônus real** sobre o patrimônio, o que se divide é o acervo patrimonial existente, a percentagem que foi quitada. Abate-se da base de cálculo da partilha o ônus real que incide sobre o bem alvo da divisão, assim como os eventuais tributos ou taxas devidos.

19.6. FGTS, verbas rescisórias e créditos trabalhistas

Situação bastante recorrente diz com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Quando do divórcio ou fim da união estável, surge o questionamento sobre se tais valores constituem **fruto civil**: proventos do trabalho pessoal que são excluídos da comunhão (CC 1.659 VI).

A discussão é do âmbito do direito do trabalho e se refere à natureza desta verba: se dispõe de natureza indenizatória ou remuneratória. A distinção diz com o fato de a verba persistir **depositada** quando do fim da vida em comum ou se foi **levantada** para a aquisição de algum bem. Enquanto depositada, é **incomunicável**, sendo considerada fruto do trabalho. Tendo a verba sido utilizada

para a compra de imóvel, não há que se falar em sub-rogação, e o bem é de ser dividido.[15]

Também questionamentos surgem quanto aos **créditos trabalhistas**, se cabe ou não serem partilhados. O critério utilizado é o mesmo. Apesar de se excluírem da comunhão os proventos do trabalho, se houve a aquisição de bens, estes devem ser partilhados. Adquirida a indenização depois do fim do relacionamento, se o crédito refere-se a período em que existia a união, os valores precisam ser divididos.[16]

19.7. Ativos financeiros

Ainda que a lei exclua da comunhão rendimentos e proventos fruto do trabalho (CC 1.659 VI), ocorrendo a aplicação de tais verbas em ativos financeiros perdem a característica alimentar e devem ser partilhados.[17]

Quando mantém o casal **conta conjunta**, o saldo existente na separação de fato deve ser dividido: tanto o ativo como o eventual passivo. A cotitularidade gera vínculo de **solidariedade**, independentemente de quem tenha procedido ao depósito do numerário. O crédito pertence a ambos em partes iguais.

A chamada **previdência privada** dispõe de duas modalidades de planos. A concessão de uma renda ao beneficiário durante a sua vida, após ele atingir determinada idade ou o pagamento de uma importância em dinheiro aos beneficiários que indicar, depois de sua morte. Questiona-se se esta modalidade de investimento é alvo de partilha. Sua comunicabilidade ou não está ligada à identificação de sua natureza jurídica. Caso seja reconhecida como **pecúlio**, é bem particular e não assegura direito à **meação**. No entanto, considerados os valores recolhidos como **aplicação financeira**, o saldo é divisível quando da dissolução do casamento ou da união estável.[18]

Esta distinção é feita por José Simão. Antes de se atingir a idade estabelecida no plano, a previdência privada não passa de aplicação financeira como qualquer outra. Não há pensão antes desse momento e, portanto, não há incomunicabilidade. Isso porque sequer há certeza de que, ao fim do plano, efetivamente os valores se converterão em renda ou serão sacados pelo titular.[19]

Com certeza esta é uma diferenciação que se impõe, até para evitar fraude ao regime de bens. Caso a opção do investidor for qualquer aplicação, o crédito se comunica. Mas se for reconhecido que a previdência privada não é uma aplicação financeira, esta seria uma bela forma de fraudar a meação. Feito o investimento, depois da separação bastaria o seu titular pedir o resgate da importância e com isso lesar o cônjuge ou o companheiro.

19.8. Acervo societário

Com relação a **quotas sociais**, a depender do regime de bens, é necessário distinguir se elas pertencem ao casal ou a somente um dos cônjuges ou companheiros, como bem particular. O *STJ* reconhece a comunicabilidade das **cotas de escritório de advocacia** constituído durante o casamento, sob o fundamento de que, a participação societária tem valor econômico, e não pode ser equiparada a proventos e salário pelo trabalho pessoal do advogado.[20]

Quando o ente societário pertence a **ambos**, há a necessidade de se partilhar o acervo comum, ou seja, o valor do capital integralizado à data da separação de fato, momento em que ocorreu o fim do regime de bens.[21]

No entanto, se a participação social é somente de um dos cônjuges ou companheiros, o outro faz jus, a título de **frutos de bem particular** (CC 1.660 V), à **metade dos dividendos** a que tem direito o sócio, e que não foram percebidos durante o período da

vida em comum.[22] Mas o não sócio não pode exigir, desde logo, a parte que lhe couber na quota social, concorrendo somente com a **divisão periódica dos lucros** até a dissolução da sociedade (CC 1.027).

O cônjuge ou companheiro que não é sócio não recebe **quotas sociais**, mas o correspondente à sua **valorização**, montante a ser apurado à data da separação de fato. No entanto, se a sociedade foi constituída antes do início do período de convivência, e a valorização das cotas for decorrência de mero fenômeno econômico, e não do esforço comum dos companheiros, esta não se comunica.[23]

19.9. Outros bens e direitos

A propriedade de **veículos automotores** se prova pela posse e não pelo registro junto ao órgão de trânsito.[24] Quando da separação de fato, se um do par fica com sua posse, deve pagar **aluguel**, pelo uso exclusivo do bem comum.[25] Caso um deles ficar com o bem, tem que indenizar o outro, no valor correspondente à metade do que valer à época da separação de fato. Depois da separação, a atualização é pelos índices oficiais da inflação e não pela valorização do veículo.

Quanto ao crédito decorrente de **precatório** (obrigação de ente público decorrente de condenação judicial), diverge a jurisprudência. O *STJ* reconhece a incomunicabilidade de créditos decorrentes do pagamento de **precatório**.[26] No entanto, se o crédito diz com fato ocorrido durante o período da vida em comum, impõe-se reconhecer a comunicabilidade, ainda que o pagamento venha a ocorrer depois de findo o vínculo de convivência.[27]

O *STJ* determinou a partilha da indenização percebida em decorrência da anistia política.[28]

Quando ocorre a aquisição de bem, logo após a separação de fato, com o emprego de recursos acumulados ao longo do período de convívio, impõe-se sua divisão.[29]

Não só débitos e créditos são alvo de partilha. Cada vez com mais frequência a justiça tem sido acionada para deliberar sobre os animais de estimação do casal. Há toda uma discussão sobre a natureza dos animais domésticos, sendo questionada a classificação como coisas. Inclusive estão sendo chamados de seres sencientes (coisas sensíveis), formando com seus donos uma família multiespécie.[30] Independente do fato de ser de propriedade de um ou outro, a tendência é reconhecer a cotitularidade dos animais de companhia, com o estabelecimento de períodos de custódia alternados e pagamento de verba de natureza alimentar.[31] Neste sentido enunciado do IBDFAM.[32]

19.10. Desconsideração da personalidade jurídica: Disregard

O Código Civil (50) prevê expressamente a teoria da **desconsideração da pessoa jurídica.** O Código de Processo Civil dedica um capítulo ao seu procedimento, a ser suscitado incidentalmente (CPC 133 a 137). Consiste na possibilidade de ignorar a personalidade jurídica para alcançar a pessoa física do sócio, sempre que for reconhecido abuso da personificação jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, na tentativa de coibir indevida vantagem patrimonial do consorte empresário em detrimento do outro, por ocasião da dissolução da entidade familiar. Não raro, pressentindo o cônjuge ou companheiro a falência do relacionamento, aproveita-se para registrar bens móveis e imóveis em nome de empresa da qual participa. Furtivo o sócio, à sombra do véu da pessoa jurídica, infortuna o patrimônio conjugal, ou resiste às obrigações alimentares.[33]

Por vezes, ocorre até a **retirada fictícia** do sócio da sociedade. Ele, em conluio com terceiro, vende sua parte na empresa, a fim de afastar da partilha as quotas sociais ou o patrimônio do casal `que havia sido revertido ao ente societário. Também a **dissolução da sociedade**, com o mesmo fim de esconder patrimônio partilhável configura abuso da personalidade jurídica.[34] Ainda que a alteração contratual - idealizada para privar o cônjuge ou convivente do exercício de seus direitos sobre os bens comunicáveis - seja perfeita quanto ao seu fundo e à sua forma, mesmo assim o ato é **ineficaz** com respeito ao consorte lesado (CPC 137).

Tais posturas admitem o que se chama de **despersonalização inversa ou invertida**,[35] com o fim de buscar os bens que estão em nome da própria empresa, quando esta se tornou mera extensão física do sócio, o qual pouco, ou quase nada, tem em seu nome.[36] A modalidade inversa passou a ser utilizado no direito das famílias, quando demonstrado que a pessoa jurídica é utilizada para fraudar ou esconder bens na partilha conjugal ou ocultar fontes de rendimentos do alimentante de modo a fixar baixos valores de pensão, ou fraudar sua execução.[37].

Também é possível investir junto ao ente societário quando o sócio percebe pró-labore que não condiz com o padrão de vida que ostenta. A sociedade detém patrimônio próprio, indiferente às dívidas particulares de seus sócios: tem nome, administração, domicílio e capacidade em razão de seu objeto. O meio ilícito usado em detrimento dos legítimos direitos de partição patrimonial é que compromete sua higidez.[38]

Verificando o juiz o engodo engendrado pelo consorte empresário, é possível declarar, **na própria sentença** que decreta o divórcio, a **ineficácia** do ato fraudulento praticado sob a veste da pessoa jurídica. Por meio da aplicação episódica da *disregard* não é anulada nem descartada a personalidade jurídica. Somente é

desconsiderada a eficácia do ato fraudulento perpetrado em nome da pessoa jurídica, no caso concreto, com o objetivo de favorecer a pessoa de um sócio, em detrimento do terceiro. Sem discutir a sua validade, o juiz, pura e simplesmente, ignora o ato fraudulento executado em comando contrário à lei, mas mantêm intocados todos aqueles outros atos e negócios societários não manchados pela fraude ou pelo abuso de direito.[39] A desconsideração da personalidade jurídica para alcançar os bens dos sócios, não permite a arrecadação do bem de família.[40]

Quando ocorre a maliciosa transferência das **cotas** com o intuito de fraudar a **meação**, diverge a jurisprudência sobre o cabimento da participação na demanda da beneficiária e da pessoa jurídica.[41] Como é reconhecida a mera ineficácia do ato fraudulento, falta interesse para ingressar na ação.[42]

A prática desses atos lesivos tem por objetivo não só frustrar a meação do cônjuge ou companheiro. Também a aquisição de bem imóvel na constância do casamento ou da união estável em nome de outra pessoa - o popular "laranja" - configura tentativa de esconder patrimônio, a justificar o reconhecimento da **ineficácia** do negócio frente ao cônjuge ou companheiro lesado.

19.11. Edificação em imóvel de terceiros

Situação bastante recorrente é quando o casal constrói sua residência em imóvel de terceiros. Normalmente o pai de um deles. Movido pelo desejo de ajudar o jovem casal, é permitido que construam o lar em seu terreno. Claro que, por ocasião da separação, o filho do dono é quem permanece na posse do imóvel, buscando o outro ressarcimento do valor do bem. Como a construção constitui uma **acessão** (CC 1.255), pertence ao dono do terreno, e não há como impor ao ex-cônjuge ou ex-companheiro o pagamento.[43]

O uso do bem configura **comodato**, autorizando o titular do imóvel a fazer uso da ação possessória. O usuário dispõe do direito e **indenização** contra o titular do domínio, em sede de contestação ou reconvenção, sendo possível exercer o **direito de retenção** até o pagamento das benfeitorias. Ainda que essa solução não pareça justa, não há como obrigar o ex, que não é o proprietário do bem, a proceder ao pagamento do valor agregado a bem que não lhe pertence.

Caso a construção superar em muito o valor do terreno, ocorre o que se chama de **acessão invertida** (CC 1.255 parágrafo único). Como o acessório tem mais valia do que o bem, possível atribuir a propriedade a quem edificou, mediante o pagamento de indenização ao dono do terreno, a ser fixada judicialmente. A pretensão pode ser buscada em sede de **sobrepartilha**.[44] Também é possível o uso de ação própria no **juízo cível** e não no âmbito das varas de família.

O uso de imóvel de terceiro, em decorrência de relação familiar, não dá ensejo ao reconhecimento da ocorrência de **usucapião** a favor dos possuidores, por faltar ânimo de dono.[45]

19.12. Promessa de doação

De forma bastante frequente, por ocasião da dissolução do casamento ou união estável, o casal convenciona a doação de bens a um deles ou aos filhos. De modo geral, não se trata de singela promessa de doação, de mero ato de liberalidade gratuito. É a forma encontrada para compensar a partilha. A recusa em adimplir o prometido é postura que afronta a ética e enseja o enriquecimento injustificado.[46]

Havendo **homologação judicial** da manifestação de vontade, ou mesmo que tenha sido o acordo levado a efeito por **escritura pública** ou por meio de **escrito particular** referendada pelo

Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal, a promessa é válida. São **títulos executivos extrajudiciais** (CPC 784 IV) a ensejar a **execução de obrigação de fazer** (CPC 814 a 821).

Também há a possibilidade de tal avença ser feita na **escritura do divórcio** (CPC 733). Constando do termo de acordo a descrição do bem, a própria transação pode ser levada a **registro**, sendo desnecessário lavrar escritura ou propor execução de obrigação de fazer.

Como não se trata de mero ato de liberalidade, o próprio beneficiário pode buscar seu adimplemento. Em se tratando de promessa de doação em favor de **filho menor**, cabível invocar o art. 213 do ECA.

19.13. Usucapião familiar

A Lei 12.424/11 que regulou o Programa Minha Casa Minha Vida, acrescentou dispositivo ao Código Civil, criando nova modalidade de **aquisição da propriedade** decorrente do rompimento de uma relação de convívio, que passou a ser chamado de usucapião familiar. Finda a união por ter um do par abandonado o lar, quem permanece na posse do imóvel comum, por mais de dois anos, passa a ser o dono exclusivo. Há restrições: o imóvel não pode ter mais de 250 m²; tem que pertencer ao casal e não ser de propriedade exclusiva de quem abandonou o lar.[47] O possuidor tem que permanecer lá residindo e não pode ter outro imóvel urbano ou rural.

Claro que a tentativa é assegurar o **uso social da propriedade**, protegendo o **direito constitucional à moradia** (CF 6.º). Dispõe de nítido caráter protetivo à **mulher** que, normalmente, é quem fica com a guarda dos filhos, além de punir quem abandona o lar. Dá ensejo à

perda da propriedade não exclusivamente o abandono físico, mas também o abandono material.

A alteração provocou uma série de questionamentos, principalmente por ter ressuscitado a identificação da causa pelo fim do relacionamento, sepultada, em boa hora, pela EC 66/10. Reinserir a discussão da culpa, dando relevo ao abandono do lar conjugal, sobretudo "punindo" aquele que sai e "premiando" o que fica, pode redundar em grave injustiça, e reforçar a arraigada ideia de que aquele que sai perde todos os seus direitos.[48]

É sabido que, por ocasião do fim de um relacionamento afetivo, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se, lá permanecendo o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é a única saída, até porque vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a concessão da posse adquire a feição de alimentos *in natura*. Mas agora esta prática pode ensejar a perda da propriedade, não a favor da prole, mas do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Para impedir a perda da propriedade é necessário perquirir a causa do afastamento da morada comum. Surgem dúvidas de natureza processual. A quem cabe comprovar a causa do afastamento? De quem é o ônus da prova? O pedido precisa ser formulado em ação própria ou pode ser na ação de partilha? A justiça paulista fixou a competência do **juízo cível** para a ação.[49]

Por fim, qual a solução para evitar a penalidade?

Por cautela podem cônjuges e companheiros firmar um documento reconhecendo não ter havido abandono do lar. O pedido de separação de corpos para o retirante se afastar do lar não basta. Pode mascarar o abandono. Mas a solução mais segura é aquele

que se retirou do lar proceder à partilha de bens antes do decurso do prazo de dois anos.

Quando a posse exclusiva se prolonga por muitos anos, principalmente quando o cônjuge que se afastou do lar lá deixou filhos, vem a justiça reconhecendo a ocorrência de **usucapião** a favor de quem exerceu a posse com exclusividade,[50] o que não se confunde com o usucapião familiar.[51]

19.14. Aspectos processuais

Inexistindo nascituro ou filhos incapazes, possível que a dissolução do casamento e da união estável ocorra **extrajudicialmente** por escritura pública (CPC 733).

Independente da existência de prole, a **partilha dos bens** pode ser formalizada por **documento particular**, ainda que existam bens imóveis.[52]

No divórcio e na dissolução da união estável - quer judicial, quer extrajudicial - é recomendável que as partes arrolem os bens, ainda que não façam a partilha.

Na **ação litigiosa** de divórcio ou dissolução de união estável deve o autor, na **inicial**, formular o pedido de partilha, indicando os bens comuns e, preferencialmente, já apresentando o **esboço da partilha**. Na **contestação**, deve o réu manifestar-se sobre os bens e sua divisão. Mesmo discordando com relação aos bens arrolados na inicial, não há a necessidade de ser apresentada **reconvenção**, caso pretenda a inserção de outros bens.[53] Requerida a partilha de bens, não deve ser postergada a fase de liquidação, sob pena de afrontar o direito à duração razoável do processo.[54]

No caso de as partes não chegarem a um acordo sobre o destino do acervo comum, tal não obstaculiza o decreto do divórcio. Mas manter os bens em estado condominial significa ausência de divisão, certamente fonte de desentendimentos futuros.

No entanto, quer nas ações amigáveis, quer nas litigiosas, vem se generalizando a prática de relegar tanto a identificação do patrimônio comum, como a sua partilha, para depois. A tendência é nociva. A necessidade da propositura de procedimento de **liquidação de sentença** acaba perpetuando o litígio, sendo fonte de sérias desavenças e generalizado tumulto processual. A liquidação é feita por meio de nova demanda, desdobramento por demais desgastante, oneroso e tormentoso. Todavia, na maioria das vezes, é isso que ocorre.

19.14.1. Ação de partilha

De modo expresso é admitida a decretação do divórcio sem a partilha dos bens (CC 1.581 e CPC 731 parágrafo único). Como a união estável se dissolve sem a intervenção judicial, não há como impor a divisão do patrimônio.

Existindo nascituro ou filhos incapazes, o divórcio precisa ser judicial. Quanto à união estável, que se dissolve com o fim da convivência, descabida a exigência da intervenção judicial (CPC 733). Se existirem bens comuns, mesmo depois de dissolvido o vínculo afetivo - casamento ou união estável - a divisão do patrimônio pode ser feita **extrajudicialmente**, mesmo existindo filhos incapazes. Até por contrato particular. Havendo bens imóveis, para valer perante terceiros, a partilha precisa ser levada ao **registro imobiliário** para averbação.

Não havendo consenso, qualquer um do par tem legitimidade para propor a ação de partilha, que segue o rito do **inventário** e do **arrolamento** (CPC 647 a 667). Como esses procedimentos não comportam questões de alta indagação, usualmente se relega a

identificação do patrimônio para a fase de **liquidaçãodesentença**. Existindo divergências em torno da natureza, qualidade e quantidade dos bens, abre-se a fase de **liquidaçãopeloprocedimentocomum** (CPC 511).

Questão controvertida diz com a competência.

Não haveria qualquer óbice à propositura da ação de partilha nos **mesmosautos** da ação de dissolução do casamento, medida que atende ao princípio da economia processual. Mas resistem alguns juízes em facilitar a vida das partes, invocando, equivocadamente, a regra que veda reapreciar a mesma ação (CPC 494). Não há dito empecilho. Extinto o processo, podem ser formuladas pretensões outras em face do seu caráter instrumental. De outro lado, tramitar a ação de partilha perante o juízo que dissolveu a entidade familiar tem a vantagem da especialização do juízo às questões afeitas às relações familiares.

No entanto, o entendimento amplamente majoritário é que a ação de partilha é **processo autônomo**, sem vínculo de conexão ou dependência com a ação dissolutória do casamento ou da união estável. Assim, ainda que o processo de dissolução tenha tramitado no juízo da família, a partilha dos bens é da competência do juízo cível.[55] Não é reconhecido sequer que se trata de execução de sentença.[56]Não se vislumbra interesse a justificar a participação do **Ministério Público**.

Quando os bens comuns restam sob a posse e administração de somente um dos seus titulares, se a divisão precisou vir a juízo, significa que inexiste consenso, e muito menos confiança entre as partes. No mais das vezes, não resta um ambiente propício para o diálogo. O acúmulo de mágoas e ressentimentos faz surgir, muito frequentemente, o risco de dilapidação patrimonial por quem fica com a posse dos bens comuns.

A alegação da possibilidade de ocorrência de fraude matrimonial autoriza o pedido de **tutela deurgência** (CPC 300) de natureza cautelar como: **arrolamentoeindisponibilidadedebens**. O arrolamento não transfere a posse nem atribui a propriedade, podendo permanecer os bens nas mãos de quem os detinha, que assume a condição de fiel depositário. Há a possibilidade de haver a nomeação de um administrador judicial, principalmente quando existem empresas a serem partilhadas.[57]

Pode ser solicitada cópia da **movimentaçãobancária** e das declarações de **imposto de renda** (CPC 301). As **atividades empresariais** podem ser investigadas através da exibição da **escrituração contábil**, já que todo o empresário e as sociedades são obrigados a manter um sistema de contabilidade (CC 1.179), o qual goza de **presunção de veracidade** (CC 226). Apesar da garantia do direito à inviolabilidade (CC 1.190), o juiz pode autorizar a exibição integral dos livros e papéis da escrituração para resolver questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade (CC 1.191 e CPC 421). Súmula do STF admite a exibição como medida cautelar.[58] Se houver recusa do empresário ou da sociedade empresarial em apresentar a escrituração exigida, o juiz pode ordenar sua apresentação judicial. A recusa implica em **confissão ficta**, ou seja, presume-se como verdadeiro o alegado pela parte contrária. Entretanto, essa confissão pode ser afastada por prova documental.[59]

Ultimada a partilha indispensável que a **sentença** seja averbada no registro do casamento. Isto porque, antes da partilha, se um dos divorciados resolver casar é obrigatório o **regimedaseparaçãolegaldebens** (CC 1.641 I e 1.523 III).

19.14.2. Ação de anulação da partilha

Depois de realizada a partilha, ainda que de forma consensual, muitas vezes o cônjuge que não conhecia os negócios da família -

normalmente a mulher - descobre que a divisão lhe gerou lesão **enorme**. Quer porque desconhecia a extensão do patrimônio que abriu mão, quer porque foi induzida em erro.

A situação é por demais recorrente. Infelizmente a tão proclamada **igualdadedegênero** ainda não chegou no âmbito das relações familiares. De um modo geral ainda existe a divisão tarifada de papéis. O homem cuida dos negócios e a mulher, da casa e dos filhos. Ela não toma conhecimento do que acontece, até porque, ele não deixa. Assim, quando ocorre a separação, a mulher acaba refém do homem. Afinal, é ele que está na posse e administração de tudo. Ela e os filhos dependem dele, que usa este seu "poder" para convencer a mulher a aceitar o acordo que ele propõe.

Como ela é maior e capaz, é difícil comprovar a ocorrência de **víciodeconsentimento**. Mas a justiça tem enxergado esta realidade.[60]

Quando um descobre não ter sido partilhado todo o patrimônio, tal não configura vício de vontade, a justificar a anulação da partilha. Possível é a **sobrepartilha**.[61]

Leitura complementar

FARIAS, Cristiano Chaves de. A *disregard doctrine* a serviço da proteção do patrimônio familiar e sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 09, p. 125-128, abr.-maio 2009.

_________. Radiografia do novo usucapião especial conjugal (por abandono de lar): dissecando a aquisição originária da meação sobre o imóvel comum do casal. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 119-142.

GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por abandono do lar conjugal: repercussões no direito de família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 28, p. 97-110, jun.-jul. 2012.

MADALENO, Rolf. A companhia de capital fechado no direito de família. In: COUTO, Sergio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direito de família e sucessões.* Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2007. p. 341-362.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas*. Temas de direito e processo de família e sucessões*. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RANGEL, Rafael Calmon. Da cumulação de pedidos de divórcio, de reconhecimento de união estável e precedente ao casamento e de partilha do patrimônio. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 30, p. 108-123, out.-nov. 2012.

ROSENVALD, Nelson. O ilícito omisso parental: as três travessias. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago. p. 43-80.

1

STJ Súmula 197: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

2

Recurso especial. Direito de família. Separação judicial. Partilha de bens. Acordo. Reconhecimento de prejuízo a um dos cônjuges. Não homologação pelo tribunal de origem. (...). Ausência de violação às regras do art. 1.574, parágrafo único, do Código Civil, e do art. 34, § 2.º, da Lei 6.515/77, pois o objetivo dessas normas é a preservação dos interesses dos filhos e do cônjuge que, em face do acordo celebrado no curso da ação de separação, restem prejudicados. 4. Constatada a possibilidade concreta de prejuízo a um dos cônjuges, em separação já declarada, mostra-se plenamente possível ao juízo rejeitar a homologação de acordo, que entenda desatender, como no caso, aos interesses de um dos consortes. 5. A

análise do prejuízo a um dos consortes, decorrente de acordo firmado no curso de ação de separação, fora pela Corte de origem realizada à luz das provas acostadas e dos termos em que firmado o ato transacional, cuja revisão por esta Corte encontra óbice no enunciado n. 7/*STJ*. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (*STJ*, REsp 1.203.786/SC (2010/0130302-8), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/10/2013).

3

Súmula 116 do STF: Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.

4

Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões, 447.

5

[5] Divórcio litigioso. Pacto antenupcial. Partilha de bens. Esforço mútuo. Não comprovado. 1. Havendo escritura pública de pacto antenupcial estabelecendo a incomunicabilidade de bens do casal, presentes e futuros, não há que se cogitar de partilha se não comprovado o esforço mútuo para a aquisição de algum deles na constância do matrimônio. 2. Recurso desprovido. (TJDF, AC 20120111841326, 4.ª T. Cív., Rel. Des. Antoninho Lopes, j. 12/03/2014).

6

Ação de cobrança de indenização entre ex-cônjuges, em decorrência do uso exclusivo de imóvel ainda não partilhado. Estado de condomínio. Indenização correspondente à metade do valor da renda de estimado aluguel, diante da fruição exclusiva do bem comum por um dos condôminos. Concorrência de ambos os condôminos nas despesas de conservação da coisa e nos ônus a que estiver sujeita. Possível dedução. Arts. 1.319 e 1.315 do CC/02. Com a separação do casal cessa a comunhão de bens, de modo que, embora ainda não operada a partilha do patrimônio comum do casal, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, a título de indenização, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação. Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art. 1.319 do CC/02. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa. Subsiste, em igual

medida, a obrigação de ambos os condôminos, na proporção de cada parte, de concorrer para as despesas inerentes à manutenção da coisa, o que engloba os gastos resultantes da necessária regularização do imóvel junto aos órgãos competentes, dos impostos, taxas e encargos que porventura onerem o bem, além, é claro, da obrigação de promover a sua venda, para que se ultime a partilha, nos termos em que formulado o acordo entre as partes. Inteligência do art. 1.315 do CC/02. Recurso especial parcialmente provido. (*STJ*, REsp 983.450/RS (2007/0205665-9), 3.ª T., Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 02/02/2010).

7

Ação de dissolução/reconhecimento de sociedade de fato. Reconvenção julgada parcialmente procedente. Arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo do imóvel por um dos consortes após a separação de fato. Inviabilidade da cobrança do encargo até a efetivação da partilha. Reforma parcial que se impõe, para fixar o termo inicial da obrigação somente a partir da decisão que dissolveu a união e partilhou o patrimônio comum. Precedentes desta corte e do *STJ* neste sentido. Sucumbência recíproca mantida. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJSC, AC 2012.068933-9, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 14/02/2013).

8

Ação de separação judicial convertida em divórcio. Partilha de bens. Termo inicial para pagamento de aluguel pelo uso exclusivo do imóvel comum. *In casu*, data do pedido em juízo e do conhecimento do requerido. Pagamento retroativo à data da separação de corpos. Princípio da boa-fé. Dívidas arroladas durante a instrução processual. Inclusão na partilha. Impossibilidade. Sentença parcialmente reformada. 1. Não cabe o arbitramento de aluguel, pelo uso exclusivo do imóvel comum, à data da separação de corpos se o pedido é formulado, judicialmente, muito tempo depois, sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Nesse caso, o termo inicial da obrigação de pagar aluguel pelo uso do imóvel corresponde à data em que o pedido foi formulado e dele o Requerido teve conhecimento. (...) Recurso conhecido e não provido. (TJPR, AC 11403644, 12.ª C. Cív., Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, j. 24/09/2014).

9

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c alimentos e regulamentação de guarda. Alimentos compensatórios. Desequilíbrio patrimonial. Posse exclusiva sobre patrimônio comum. Valor. Minoração. Decisão parcialmente reformada. Diversamente dos alimentos fundados no dever de mútua assistência (artigo 1.566, III, do CC/2002), a verba alimentar de cunho compensatório visa

recompor eventual desequilíbrio patrimonial verificado em situações em que, por exemplo, um dos cônjuges exerça com exclusividade a posse do patrimônio comum. (TJMG, AI 10382140004526001, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Afrânio Vilela, j. 03/06/2014).

10

Recurso especial. Direito de família. Alimentos. Pedido de exoneração. Pendência de partilha obstada pelo recorrido. Princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Patrimônio comum do casal sob a exclusiva posse e administração do alimentante. Peculiaridade apta a ensejar o restabelecimento da obrigação alimentar enquanto a situação perdurar. Periculum in mora inverso. 1. A obrigação alimentícia deve ser mantida enquanto pendente a partilha do patrimônio comum do ex-casal manifestamente procrastinada pelo ex-cônjuge recalcitrante, que se encontra na exclusiva posse e administração dos bens e não coopera para que a controvérsia seja dirimida judicialmente. 2. A prestação alimentícia deve ser proporcional às necessidades da beneficiária e aos recursos do alimentante (art. 1.694, § 1.º, do Código Civil), configurando direito fundamental de grau máximo para o alimentário, por lhe garantir a existência digna, de modo que a presença de periculum in mora inverso justifica a medida que afasta a tutela antecipada. 3. O perigo da demora deve ser avaliado de forma igualitária para ambas as partes. 4. O casamento estabelece uma plena comunhão, cujo consectário não é apenas o entrelaçamento de vidas, mas também de patrimônios, que deve ser entendido com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511 do Código Civil), com o fim da vida em comum pela ausência do ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial, há a cessação do regime de bens. 5. A administração do patrimônio comum da família compete a ambos os cônjuges (arts. 1.663 e 1.720 do CC), presumindo a lei ter sido adquirido pelo esforço comum do casal, sendo certo que o administrador dos bens em estado de mancomunhão tem a obrigação de prestar contas ao outro cônjuge alijado do direito de propriedade. 6. Atenta contra a igualdade constitucional conferir indistintamente, na constância do casamento, a qualquer dos consortes a administração exclusiva dos bens comuns, motivo pelo qual, após a ruptura do estado condominial pelo fim da convivência, impõe-se a realização imediata da partilha, que, uma vez obstada, justifica o restabelecimento da obrigação alimentar transitória enquanto perdurar a situação excepcional. 7. Recurso especial conhecido e provido. (*STJ*, REsp 1.287.579/RN, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/06/2013).

11

União estável. Reconhecimento. Partilha de bens. Imóvel. 1. Reconhecida a união estável, é imperiosa a partilha igualitária dos bens adquiridos de forma onerosa durante a convivência, seja em nome de um ou outro convivente, não cabendo perquirir acerca da contribuição de cada um, pois essa contribuição é presumida. Inteligência do art. 1.725 do CCB. 2. Mostra-se correta a partilha igualitária do imóvel adquirido na constância da união estável, sendo descabida a retenção do bem pela virago quando não comprovada a realização de benfeitorias por ela, após a separação fática do casal. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70064387335, 7.ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 04/05/2015).

12

Separação judicial. Regime da separação legal de bens. Partilha. Sub-rogação. Ônus da prova. Sentença reformada. O regime obrigatório da separação legal de bens previsto no art. 1.641 do CCB não se confunde com o regime facultativo da separação de bens previsto nos arts. 1.687 e 1.688 do mesmo diploma legal. Naquela hipótese, os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento devem ser partilhados em proporção igualitária. Esse o teor da Súmula n. 377 do STF. Portanto, alegação de sub-rogação de bens, de acordo com as hipóteses de exclusão previstas nos arts. 1.668 e 1.659 do CCB, constitui exceção à regra da comunicabilidade, exigindo prova cabal que incumbe ao cônjuge que maneja a alegação. Não comprovada a exceção à regra no caso concreto, deve ser reformada a sentença que excluiu bem imóvel da partilha. Apelo provido. (TJRS, AC 70056568470, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, j. 26/03/2014).

13

Divórcio. Partilha. Critérios para a divisão de bens e dívidas contraídas pelo casal e existentes quando da ruptura. A divisão patrimonial que se dá quando das dissoluções dos casamentos, contraídos sob o regime da comunhão parcial de bens, não contempla o que foi consumido ao longo da existência da relação, tampouco se admite compensações pelo pagamento de despesas ou aporte financeiro na aquisição patrimonial ao longo do relacionamento. As dívidas contraídas ao longo do casamento, em regra, são partilháveis, mas, considerando o valor dos mútuos, que não geraram qualquer acréscimo patrimonial à entidade familiar, cumpria ao contratante demonstrar o destino dos empréstimos. A separação de fato do casal é o marco da comunhão patrimonial. Negaram provimento ao primeiro recurso e deram parcial provimento ao segundo. (TJRS, AC 70057881914, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 10/04/2014).

14

Divórcio. Partilha. Financiamento imobiliário. Parcelas efetivamente quitadas. Possibilidade. Recurso provido. A partilha de imóvel adquirido por meio de contrato de mútuo ainda não inteiramente adimplido deve abranger apenas as parcelas já efetivamente quitadas. Precedentes desta Corte. Recurso a que se dá provimento. (TJMG, AC 1.0518.12.000602-9/001, 6.ª C. Cív., Rel. Des. Corrêa Junior, j. 10/02/2015).

15

Divórcio. Partilha. FGTS. Valores em conta vinculada. Não inclusão no acervo comum. Precedente *STJ*. 1. O FGTS, embora não constitua salário, está vinculado ao rendimento do trabalho, na medida em que é formado mediante o depósito, pelo empregador, de percentual incidente sobre a remuneração, enquanto perdura a relação de emprego, e tem a finalidade primeira de assegurar a sobrevivência do empregado ao ser despedido. E, na condição de rendimento do trabalho, define-se como fruto civil. 2. No caso dos autos, verifica-se que o valor do FGTS continua em depósito. Logo, não cabe sua partilha, pois, enquanto assim permanecer, é incomunicável. Alinha-se a esse entendimento o *STJ* no REsp. 848.660/RS (... a incomunicabilidade se limita ao valor depositado no Fundo de Garantia, não se estendendo ao valor quando sacado ou quando utilizado para a aquisição de bens, que, portanto, não se sub-rogam. A incomunicabilidade, desse modo, se restringe ao direito ao recebimento dos frutos civis do trabalho, mas não aos valores. Uma vez percebidos, eles passam a integrar o patrimônio comum, (Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, 3.ª T., j. 03/05/2011). Negaram provimento. Unânime. (TJRS, AI 70054750609, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 01/08/2013).

16

Recurso especial. Casamento. Comunhão universal de bens. Rendimentos do trabalho. Patrimônio particular. Indenização trabalhista. Patrimônio comum. Partilha de bens. 1. Os rendimentos do trabalho recebidos durante a vigência da sociedade conjugal integram o patrimônio comum na hipótese de dissolução do vínculo matrimonial, desde que convertida em patrimônio mensurável de qualquer espécie, imobiliário, mobiliário, direitos ou mantidos em pecúnia. 2. A indenização trabalhista recebida por um dos ex-cônjuges após a dissolução do vínculo conjugal, mas correspondente a direitos adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens, integra o patrimônio comum do casal e deve ser objeto da partilha decorrente da dissolução do vínculo conjugal. Precedentes da 2.ª Seção. 3. Recurso especial provido. (*STJ*, REsp 861.058/MG, 4.ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, p. 21/11/2013).

17

Procedimento de inventário. Primeiras declarações. Aplicação financeira mantida por esposa do *de cujus* na vigência da sociedade conjugal. Depósito de proventos de aposentadoria. Possibilidade de inclusão dentre o patrimônio a ser partilhado. Perda do caráter alimentar. Regime de comunhão universal. Bem que integra o patrimônio comum e se comunica ao patrimônio do casal. Exegese dos arts. 1.668, V, e 1.659, VI, ambos do Código Civil. Recurso desprovido. (...) 2. Os proventos de aposentadoria, percebidos por cônjuge casado em regime de comunhão universal e durante a vigência da sociedade conjugal, constituem patrimônio particular do consorte ao máximo enquanto mantenham caráter alimentar. Perdida essa natureza, como na hipótese de acúmulo do capital mediante depósito das verbas em aplicação financeira, o valor originado dos proventos de um dos consortes passa a integrar o patrimônio comum do casal, devendo ser partilhado quando da extinção da sociedade conjugal. Interpretação sistemática dos comandos contidos nos arts. 1.659, VI, e 1.668, V, 1.565, 1.566, III, e 1.568, todos do Código Civil. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (*STJ*, REsp 1.053.473/RS, 4.ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, p. 10/10/2012).

18

Medida cautelar de arrolamento com pedido de bloqueio de bens. Decisão que defere o bloqueio parcial dos planos de previdência privada e a quebra de sigilo bancário do agravante. Controvérsia sobre a (in)comunicabilidade dos planos de previdência privada que recomenda a providência acautelatória do juízo, com amparo no art. 804, CPC. Requisição de informações bancárias relativas ao período da decretação da separação de corpos. Possibilidade. Decisão mantida. 1. Pelo exercício do poder geral de cautela, é de admitir o bloqueio com a finalidade apenas de impedir o resgate dos valores poupados nos planos de previdência privada, assegurando, assim, a efetividade da tutela jurisdicional do direito alegado pela Agravada, nos termos do artigo 804, do Código de Processo Civil. 2. A requisição de informações, via BacenJud, a respeito da existência de saldo financeiro em relação ao período em que foi decretada a separação de corpos, insere-se dentre os poderes judiciais e é perfeitamente viável para, cautelarmente, preservar o patrimônio comum a ser futuramente partilhado. Recurso conhecido e não provido. (TJPR, AI 1.126.729-3, 12.ª C. Cív., Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, j. 06/11/2013).

19

José Fernando Simão, Comunhão parcial de bens e previdência privada: mear ou não mear, eis a questão!

20

STJ, REsp 1.531.288, 3.ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/11/2015 (acórdão ainda não disponível)

21

Ação de divórcio litigioso. (...) Partilha de cotas sociais de sociedade comercial em que o ex-cônjuge é cotista. Direito do cônjuge virago à metade do valor atual do capital integralizado pelo cônjuge varão na constância da união. (...).(TJSC, AC 2013.058524-7, Relator: Domingos Paludo, 1.ª C. Dir. Cív., j. 10/07/2014).

22

[22] União estável. Alimentos. Partilha. (...) Partilha das empresas com seus lucros, dívidas e patrimônio social. Reconhecida a participação da autora no acréscimo patrimonial das empresas tituladas pelo demandado, é de rigor a apuração desse acréscimo patrimonial e consequente partilha de forma proporcional ao período da união e participação do demandado nas empresas. Apuração a ser levada a efeito em liquidação de sentença. (...) Conheceram em parte do apelo e, na parte conhecida, deram parcial provimento. Deram parcial provimento ao recurso adesivo. (TJRS, AC 70058551920, 8.ª C. Cív., Re. Des. Rui Portanova, j. 24/04/2014).

23

Recurso especial. Direito civil. Família. União estável. Regime de bens. Comunhão parcial de bens. Valorização de cotas sociais. 1. O regime de bens aplicável às uniões estáveis é o da comunhão parcial, comunicando-se, mesmo por presunção, os bens adquiridos pelo esforço comum dos companheiros. 2. A valorização patrimonial das cotas sociais de sociedade limitada, adquiridas antes do início do período de convivência, decorrente de mero fenômeno econômico, e não do esforço comum dos companheiros, não se comunica. 3. Recurso especial provido. (*STJ*, REsp 1.173.931/RS, 3.ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22/10/2013).

24

Ação de partilha de bens. Veículo, adquirido onerosamente na constância da sociedade conjugal sob o regime da comunhão parcial, que se encontra registrado, junto ao DETRAN, em nome da apelada. Apelante que, em sede contestatória, sustenta ser o legítimo proprietário, alegando que adquiriu o bem em sub-rogação a outro e sempre o utilizou em seu labor. Não comprovação da suscitada sub-

rogação. Prova testemunhal que corrobora a efetiva posse pelo recorrente, inclusive após a separação judicial. Ausência de transferência do registro que, tratando-se de bem móvel, se revela mera irregularidade administrativa. Domínio que se comprova pela efetiva posse. Propriedade que se transfere pela tradição. Inteligência dos artigos 1.226 e 1.267 do Código Civil. Veículo pertencente ao apelante, legítimo possuidor e, por conseguinte, proprietário. Obrigação deste em pagar a devida meação pelo bem em favor da apelada, no equivalente a metade de seu valor à época da separação de fato, quando cessou o estado condominial de bens. Recurso não provido. (TJSC, AC 2010.082970-0, 1.ª C. Dir. Cív., Rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 06/08/2013).

25

Reconhecimento e dissolução de união estável. Ação de arbitramento de aluguel. Partilha de bens. Bem móvel comum. Veículo. Utilizado exclusivamente por um dos companheiros. Indenização. Possibilidade. Valor arbitrado. Exorbitante. Decisão reformada. 1. É devido arbitramento de alugueres em favor de ex-companheiro não detentor da posse de veículo, em caso de dissolução de união estável, a título de compensação. 2. Não se deve fixar como parâmetro para o arbitramento de aluguel de veículo usado, o valor das locadoras, pois nestas os veículos são novos, e o lucro está inserido no preço da locação. 3. Agravo conhecido e parcialmente provido. (TJDF, Ac. 782417, 5.ª T. Cív., Rel. Sebastião Coelho, j. 09/04/2014).

26

[26]Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha. Precatório. (...) 2. Ainda que a união estável seja regida pelo regime da comunhão parcial de bens, deve ser excluída da partilha os créditos a serem recebidos pelo recorrente, decorrentes de precatório, que tem natureza de frutos civil proveniente do seu trabalho. O recurso especial merece prosperar. (*STJ*, REsp 1.423.089/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27/05/2014).

27

Separação judicial. Casamento regime de comunhão parcial de bens. Créditos provenientes de um precatório. Divisão devida. Dívida adquirida na constância da união. Partilha do saldo devedor existente quando da separação de corpos do casal. Sentença reformada. Provimento parcial do recurso. (*STJ*, AREsp 255.290/MG (2012/0238938-1), Rel. Min. Marco Buzzi, j. 02/06/2015).

28

Regime de bens. Separação. Indenização em decorrência de anistia política. Comunicabilidade. 1. No regime de comunhão universal de bens, regida pelo Código Civil de 1916, admite-se a comunicação da indenização decorrente de anistia política, mesmo que percebida após a ruptura da vida conjugal, na medida em que coincidam o período considerado para o cálculo da indenização e a constância do matrimônio. 2. Recurso especial não provido. (*STJ*, REsp 1.205.188/ MS, 3.ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/04/2011).

29

Ação de divórcio. Casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens. Súmula 377 do STF. Inclusão na partilha de bem imóvel. Manutenção. Prequestionamento. 1) No caso, o matrimônio foi celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens, incidindo o disposto na Súmula nº 377 do STF, integrando o acervo patrimonial os bens adquiridos onerosamente na constância da relação, resultado do emprego de esforço em comum. Constitui bem comum o imóvel adquirido logo depois da separação fática com o emprego de recursos acumulados ao longo da vida conjugal, que perdurou 38 anos. Manutenção da partilha determinada na origem. (...) (Apelação desprovida. (TJRS, AC 70056955396, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/02/2014).

30

[30]Marianna Chaves, Disputa de guarda de animais de companhia...

31

Partilha de bens de semovente. Sentença de procedência parcial que determina a posse do cão de estimação para a ex- convivente mulher. Recurso que versa exclusivamente sobre a posse do animal. Réu apelante que sustenta ser o real proprietário. Conjunto probatório que evidencia que os cuidados com o cão ficavam a cargo da recorrida direito do apelante/varão em ter o animal em sua companhia. Animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador do direito. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família - cachorrinho "dully" que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos. Solução que não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, expressando-se, por outro lado, como mais uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente. Parcial acolhimento

da irresignação para, a despeito da ausência de previsão normativa regente sobre o tema, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão dully, exercendo a sua posse provisória, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, das 10:00 hs de sábado às 17:00hs do domingo. Sentença que se mantém. (...) Nega-se provimento ao recurso. (TJRJ, AC 0019757-79.2013.8.19.0208, 22.ª C. Cív., Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 27/01/2015).

32

Enunciado 11 do IBDFAM: Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal.

33

[33] Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no direito de família, 488.

34

Ação de execução de título executivo judicial. Desconsideração da personalidade jurídica. Viabilidade. Art. 50 do CC/02. 1. A desconsideração da personalidade jurídica é admitida em situações excepcionais, devendo as instâncias ordinárias, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos objetivos sem os quais a medida torna-se incabível. 2. Do encerramento irregular da empresa presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio. 3. Recurso especial não provido. (*STJ*, REsp 1.259.066/SP (2011/0095470-1), 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/06/2012).

35

Recurso especial. Ação de dissolução de união estável. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Possibilidade. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Legitimidade ativa. Companheiro lesado pela conduta do sócio. Artigo analisado: 50 do CC/02. (...) 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que

ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/*STJ*. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial. (*STJ*, REsp 1.236.916/RS, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/10/2013).

36

Wilson Medeiros Pereira, Aplicabilidade da teoria da desconsideração invertida, 37.

37

Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões, 218.

38

[38] Rolf Madaleno, A *disregard* e a sua efetivação no juízo de família, 169.

39

Idem, 163.

40

Desconsideração da personalidade jurídica. Arrecadação de imóvel dos sócios. Bem de família. Impenhorabilidade. Reconhecimento. 1. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/1990, consectária da guarida constitucional e internacional do direito à moradia, não tem como destinatária apenas a pessoa do devedor. Protege-se também sua família, quanto ao fundamental direito à vida digna. Assim, a determinação judicial de que, mediante desconsideração da personalidade jurídica da empresa falida, fossem arrecadados bens protegidos pela Lei 8.009/1990 traduz-se em responsabilização não apenas dos sócios pelo insucesso da empresa, mas da própria entidade familiar, que deve contar com

especial proteção do Estado por imperativo constitucional (art. 226, caput). 2. A desconsideração da personalidade jurídica, por si só, não afasta a impenhorabilidade do bem de família, salvo se os atos que ensejaram a disregard também se ajustarem às exceções legais. Essas devem ser interpretadas restritivamente, não se podendo, por analogia ou esforço hermenêutico, apanhar situações não previstas em lei, de modo a superar a proteção conferida à entidade familiar. 3. A arrecadação, no caso, atingiu imóvel adquirido pelo recorrente em 1989, a quebra da empresa foi decretada em 1999, a disregard aplicada em 2005, e levou em consideração apontado desfalque patrimonial tido, no âmbito penal, como insignificante. Portanto, não pode prevalecer a arrecadação, devendo ser protegido o bem de família. 4. Recurso especial provido. (*STJ*,REsp 1.433.636/SP, 4.ª T., Rel. Min.Luis Felipe Salomão,j. 02/10/2014).

41

Ação de divórcio c/c partilha de bens. Pretensão de partilha de cotas sociais que teriam sido ilicitamente transferidas à agravante com o intuito de fraudar a meação da agravada. Magistrado que determinou a emenda à inicial para incluir a agravante e a pessoa jurídica no polo passivo da demanda. Possibilidade, nesse caso. Hipótese que autoriza, se preenchidos os requisitos, a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Necessidade de assegurar a ampla defesa e o contraditório da pessoa jurídica. Recurso conhecido e não provido. (TJPR, AI 11450581, 12.ª C. Cív., Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 23/07/2014).

42

Desconsideração da personalidade jurídica. Ausência de interesse. Segundo os precedentes desta Corte, a empresa agravante carece de interesse para insurgir-se contra decisão que determinou a desconsideração de sua personalidade jurídica e o redirecionamento da ação de execução contra os seus integrantes. Negado seguimento ao agravo de instrumento. (TJRS, AI 70059376590, 12.ª C. Cív., Rel. Des. Mário Crespo Brum, j. 25/04/2014).

43

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c indenização por danos materiais. Construção de imóvel em terreno de terceiro. Indenização correspondente aos valores comprovadamente despendidos na obra e dias trabalhados. Manutenção da sentença. 1. O fato de o imóvel residencial dos ex-companheiros ter sido edificado em terreno de propriedade de terceiro inviabiliza a pretensão de partilha do referido bem. 2. A indenização por danos materiais deve se restringir aquelas despesas efetivamente comprovadas pelo autor na construção do imóvel residencial dos ex-companheiros, em razão de ele próprio reconhecer não ter

efetuado a obra sozinho, tendo, também, contado com ajuda da ex-companheira. 3. A indenização pelos dias trabalhados pelo autor na edificação de imóvel em terreno alheio está sujeita à comprovação, por liquidação de sentença, daqueles efetivamente prestados. 4. Recurso não provido. (TJMG, AC 10525120036724001, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 29/05/2014).

44

Sobrepartilha. Possibilidade. Caso em que a edificação foi excluída da partilha na ação de divórcio em razão do terreno estar em nome de terceira pessoa, ex-sogro, que não participou daquela demanda. Possibilidade de ajuizamento de sobrepartilha com a figuração do proprietário do terreno no polo passivo da demanda a fim de que o apelante possa demonstrar que participou da construção da benfeitoria. Precedentes. Deram provimento. (TJRS, AC 70061266474, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j.02/10/2014).

45

Posse de bens imóveis. Embargos de terceiro. Caso em que o imóvel constrito não se apresenta sujeito a usucapião pelos embargantes, diante da inocorrência de *animus domini*. Prova oral produzida que mostra terem os embargantes ocupado o imóvel como decorrência do relacionamento familiar, eis que o bem é de propriedade de seu pai. Ausência de posse que afasta a possibilidade de proteção via embargos de terceiro e que não autoriza reconhecimento de ocorrência de situação de usucapião. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70059092742, 18.ª C. Cív., Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva, j. 17/04/2014).

46

Chamamento de bem imóvel à colação. Separação judicial. Acordo homologado judicialmente. Promessa de doação. Eficácia perante terceiros. Litigância de má fé. Não configuração. Pedido autoral julgado improcedente. Recurso provido parcialmente. 1. A promessa de doação, realizada no bojo dos autos da ação de separação judicial, homologada por sentença já transitada em julgado, constitui ato perfeito e acabado, de modo que os efeitos da escritura pública da liberalidade devem retroagir à data do ajuste judicialmente chancelado. 2. O princípio fundamental do direito contratual da boa-fé objetiva impõe aos promitentes o cumprimento da doação acordada. 3. A condenação em litigância de má-fé pressupõe o preenchimento de três requisitos: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses elencadas taxativamente no art. 17, do CPC; que lhe tenha sido oferecida a oportunidade de defesa (CF, art. 5.º, LV); e que a conduta resulte em prejuízo processual à parte contrária. 4 Improcedência do pedido autoral

mantida. Litigância de má fé afastada. Recurso parcialmente provido. (TJMG, AC 10701120173136002, 6.ª C. Cív., Rel. Des. Corrêa Junior, j. 04/02/2014).

47

Divórcio litigioso. Partilha de bens. Usucapião familiar. (...) 2. Considerando que o imóvel onde a ré permaneceu residindo após a separação fática do casal pertence exclusivamente ao autor, inviável o reconhecimento da usucapião familiar, que pressupõe a propriedade comum do bem. Inteligência do art. 1.240-A do Código Civil. 3. Se o imóvel pertence ao varão, também se mostra inviável a sua partilha. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70063635593, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 25/03/2015).

48

Mônica Guazzelli, Usucapião por abandono do lar conjugal: ..., 107.

49

Conflito negativo de competência. Varas Cível e de Família e Sucessões. Usucapião Familiar. Ação de natureza real. Lide que não versa sobre estado da pessoa ou de inventário. Conflito conhecido. Competência da Vara Cível, Juízo Suscitado. (TJSP - CC 0039763-23.2014.8.26.0000, C. Esp., Rel. Des. Pinheiro Franco, j. 01/06/2015).

50

[50] Sobrepartilha. Pretensão do varão à divisão de imóvel adquirido pelo casal no curso do matrimônio. Registro dominial que ainda consta a titularidade conjunta do bem. Demandada que, à guisa de defesa, alega a ocorrência da usucapião. Incontroverso abandono do lar, pelo autor, no longínquo ano de 1967, deixando à própria sorte a esposa e os 7 (sete) filhos comuns. Afastamento que se deu de forma unilateral, voluntária e completa. Divórcio decretado apenas em 2000. Sentença inacolhedora do pleito exordial. Usucapião entre cônjuges. Não aplicação da causa impeditiva à prescrição aquisitiva (arts. 197, inc. I, e 1.244 do CC/2002, correspondentes aos arts. 168, inc. I, e 553 do CC/1916). Abandono do núcleo familiar a partir do qual sucedeu a separação de fato do casal. Completa dissociação do vínculo afetivo e esvaziamento dos laços matrimoniais. Inexistência de mancomunhão. Cessação, naquele ensejo, dos efeitos próprios ao regime de bens. Posse exercida de forma exclusiva e em nome próprio pela virago sobre o imóvel por 45 (quarenta e cinco) anos ininterruptos, sem qualquer oposição do varão. Regra obstativa da usucapião entre os cônjuges que deve merecer interpretação teleológica, ou seja, conforme o escopo da norma e na conformidade da

evolução dos institutos do direito de família. Acolhimento da tese de usucapião como defesa que se afigura perfeitamente viável. Precedente da corte. Recurso improvido. 1. A posse exercida exclusivamente pelo cônjuge separado de fato sobre o imóvel que serve de residência à família, pode, excepcionalmente, dar ensejo à usucapião do bem registrado em conjunto, a depender das circunstâncias, quando ficar demonstrado cabalmente que essa posse unilateral é exercida em nome próprio e não por convenção entre as partes ou imposição judicial, tampouco se qualificando como mera tolerância do outro cônjuge enquanto pendente a partilha definitiva dos bens. (...). (TJSC, AC 20130655496, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 04/06/2014).

51

(...) Usucapião especial por abandono familiar. Reconhecimento. (...) Caso de réu/ apelado que abandonou o lar e a família há mais de 20 anos atrás, deixando a ré/ apelante residindo sozinha com os filhos comuns por todo esse tempo. Tratando-se de imóvel com área inferior ao limite legal, reconhece-se o direito à usucapião especial por abandono do lar. Inteligência do art. 1.240-A, do CCB. Rejeitadas as preliminares, deram provimento. (TJRS, AC 70058681693, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 10/04/2014).

52

Acordo extrajudicial. Partilha de bens. Validade. 1. Havendo ajuste entre os conviventes acerca da destinação do patrimônio comum, ainda que mediante instrumento particular, e não restando comprovado vício de consentimento ou qualquer outra irregularidade, a transação se revela hígida, sendo válida e eficaz relativamente aos efeitos patrimoniais entre o casal. 2. Sendo válido o acordo de dissolução, e não restando comprovado que os móveis que guarneciam a residência do casal foram adquiridos antes do início da união estável, adequada partilha de bens ajustada entre os litigantes. Inteligência do art. 1.662 do Código Civil. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70061114229, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29/08/2014).

53

[53] Divórcio e partilha. (...) Em que pese a pretensão de partilha ter sido deduzida pelo varão, autor da ação de divórcio e partilha, o pleito tem como questão de fundo a averiguação do acervo patrimonial comum. Assim, não se exige da parte adversa ação própria ou mesmo reconvenção se quer incluir ou excluir bens do alegado rol, tendo para tanto a oportunidade da contestação. Além disto, o direito de defesa e o contraditório foram amplamente exercidos pelo autor ao longo da instrução. (...) Rejeitada a preliminar, negaram provimento à apelação e ao recurso

adesivo. Unânime. (TJRS, AC 70048847040, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30/08/2012).

54

[54] Ação de separação judicial litigiosa c/c pedido de tutela antecipada. Sentença que decretou o divórcio e deixou de realizar partilha de bens e dívidas ou de conceder pensão alimentícia aos filhos do casal. Prestação jurisdicional incompleta pela não realização da partilha de bens e dívidas. Postergação para discussão em ação própria. Instrução processual já iniciada. Violação ao princípio da economicidade e do direito à duração razoável do processo. Decisão *citra petita*. Negativa de prestação jurisdicional configurada. Sentença anulada, de ofício. Precedentes. Recurso de apelação prejudicado. Autos remetidos à vara de origem. (TJPR, AC 1037025-5, 11.ª C. Cív., Rel. Des. Denise Kruger Pereira, j. 11/06/2014).

55

Conflito negativo de competência. Condomínio. Vara cível comum. Tratando-se de ação de alienação de coisa comum que visa à extinção de condomínio, a competência para processar e julgar o feito é da vara cível comum, não importando o fato de que o condomínio que se busca extinguir seja oriundo de partilha de bens em ação de separação judicial. Discussão sobre indivisibilidade do bem e inconveniência da manutenção da copropriedade que foge à competência da vara de família. Conflito negativo de competência procedente. Decisão monocrática. (TJRS, CC 70041109737, 20.ª C. Cív., Rel. Des. Walda Maria Melo Pierro, j. 14/02/2011).

56

Ação de divórcio. Sentença homologatória. Ausência de acordo quanto à partilha dos bens. Prosseguimento da partilha como execução de sentença. Impossibilidade. Discussão pela via própria. Reforma parcial da sentença. Verifica-se dos autos que as partes concordam com relação à decretação do divórcio, sem acordar quanto à partilha do bem. O caso se amolda, portanto, ao disposto no art. 1.581 do CC e à Súmula 197 do *STJ*. Contudo, o juízo sentenciante decretou o divórcio e determinou o prosseguimento da partilha em execução de sentença. Divergência quanto à relação dos bens a partilhar. Ausência de comando judicial a ser objeto do cumprimento, demonstrando a inadequação do rito. Realização da partilha pela via própria, nos termos do art. 1.121, § 1.º, do CPC. Jurisprudência majoritária do TJRJ. Reforma parcial da sentença. Decisão monocrática. Provimento parcial do recurso. (TJRJ, AC 0028672-85.2011.8.19.0209, 9.ª C. Cív., Rel. Des. Carlos dos Santos de Oliveira, p. 09/08/2012).

57

Cautelar inominada. Partilha de bens. Administração dos bens. A autora alega que os bens do casal estão sendo dilapidados pelo ex-companheiro que está os administrando. Nesse passo, considerando o litígio existente entre as partes, bem como o indício de dilapidação do patrimônio comum, é cabível a nomeação de administrador judicial. Ademais, as partes chegaram a concordar com a nomeação de administrador judicial, sendo essa a medida que se impõe. Deram parcial provimento. (TJRS, AC 70038779682, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 17/03/2011).

58

Súmula 390 do STF: A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

59

Luciano Souto Dias e Izabela Boyher Nunes, Medidas processuais para combater a fraude..., 70.

60

[60] Dissolução de sociedade conjugal. Partilha. Pedido de anulação. Alegada desproporção severa. Ofensa ao princípio da dignidade. Anulação decretada. (...) 2. Verificada severa desproporcionalidade da partilha, a sua anulação pode ser decretada sempre que, pela dimensão do prejuízo causado a um dos consortes, verifique-se a ofensa à sua dignidade. O critério de considerar violado o princípio da dignidade da pessoa humana apenas nas hipóteses em que a partilha conduzir um dos cônjuges a situação de miserabilidade não pode ser tomado de forma absoluta. Há situações em que, mesmo destinando-se a um dos consortes patrimônio suficiente para a sua sobrevivência, a intensidade do prejuízo por ele sofrido, somado a indicações de que houve dolo por parte do outro cônjuge, possibilitam a anulação do ato. 3. Recurso especial conhecido e provido, decretando-se a invalidade da partilha questionada. (*STJ*, REsp 1.200.708/DF, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/11/2010).

61

Ação de sobrepartilha. Bem não arrolado em anterior demanda judicial. Possibilidade. Sociedade empresarial constituída na constância da união estável. Inclusão na partilha do valor correspondente às quotas sociais tituladas pela companheira ao tempo do desenlace. 1. Não tendo a sociedade empresária questionada sido

arrolada em anterior demanda judicial, há interesse processual do recorrente em obter pronunciamento judicial a respeito do seu partilhamento. Precedentes do *STJ* e desta Corte de Justiça. 2. Inexistindo controvérsia a respeito da constituição da sociedade empresária na constância do relacionamento estável, integra o acervo partilhável o valor correspondente às quotas sociais tituladas pela companheira ao tempo da ruptura da relação. (...) Apelação parcialmente provida. (TJRS, AC 70054356167, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 29/08/2013).

20. BEM DE FAMÍLIA

SUMÁRIO: 20.1 Tentativa conceitual - 20.2 Mínimo vital - 20.3 Espécies de impenhorabilidade - 20.4 Convencional: 20.4.1 Instituição; 20.4.2 Extinção - 20.5 Legal - 20.6 Beneficiários - 20.7 Rural - 20.8 Dívida alimentar - 20.9 Aspectos processuais - Leitura complementar.

Referências legais: CF 5.º XI, XXVI e 6.º; CC 1.711 a 1.722; L 8.009/90; CPC 833 a 836; L 6.015/73 (Lei de Registros Públicos - LRP) 167 I 1, 260 a 265.

20.1. Tentativa conceitual

O Estado assegura especial proteção à família (CF 226). O direito à moradia é reconhecido como um direito social (CF 6.º) e a casa, o asilo inviolável do indivíduo (CF 5.º XI). O **direito à moradia** é considerado um dos direitos da personalidade inerente à pessoa humana, quer como pressuposto do direito à integridade física, quer como elemento da estrutura moral da pessoa. A moradia é tutelada como objeto de direito, tratando-se de um direito subjetivo.[1]

Para dar efetividade ao comando constitucional, a lei cria ferramentas mais eficazes em defesa do lugar em que reside a entidade familiar. Afinal, como diz Álvaro Villaça, a violação do lar é a quebra da última proteção humana; o aniquilamento de uma família é a incineração do próprio amor: amor da casa, amor da rua, amor de um semelhante por outro; em uma palavra: amor.[2]

Daí a instituição do bem de família, que gera a **impenhorabilidade** de bem determinado e se transforma em verdadeiro patrimônio, num sentido protetivo do núcleo familiar.[3] É possível dizer que se trata de uma qualidade que se agrega a um bem **imóvel e seus**

móveis, imunizando-os em relação a credores, como forma de proteger a família que nele reside.

Mesmo que a Constituição assegure especial proteção à família, sua maior responsabilidade é com o cidadão. O enfoque central do ordenamento jurídico é o **ser humano**. Apesar de a expressão "bem de família" dar a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, passou a Justiça a reconhecer que é um instrumento de proteção à pessoa do devedor, tendo ele ou não família, ou morando sozinho.

Fere o princípio da igualdade deixar à margem da lei - e, por consequência, ao relento - o indivíduo que, por contingência ou opção, vive só e não constitui uma família. O conceito de **entidade familiar** abriga estruturas de convívio das mais diversas, é conceito amplíssimo. O sentido e o alcance da norma foi se modificando, em grande parte por obra da jurisprudência, que percebeu a transformação do próprio conceito de família, que teve seus horizontes alargados.

O objetivo é garantir a cada indivíduo um teto onde morar, mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém tem o direito de "jogar quem quer que seja na rua" para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial é considerado impenhorável.[4]

20.2. Mínimo vital

Os novos valores a serem protegidos pelo bem de família podem ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa a preservar as bases de dignidade do devedor para que possa recomeçar a vida, mantendo íntegra a sua personalidade.[5] O princípio da dignidade humana leva o Estado a garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.[6] A tendência é encontrar instrumentos

hábeis que preservem o devedor e que, ao mesmo tempo, não frustrem a garantia do credor. Nesse sentido, o Brasil lidera verdadeira revolução silenciosa, impulsionada pelos tribunais, que vêm realizando o direito em sua concretude e atribuindo à lei o seu sentido social, deixando de lado a visão extremamente positivista e literal.

O princípio do mínimo vital - ou **patrimônio mínimo**, como prefere Luiz Edson Fachin - é valor, e não metrificação, conceito aberto, cuja presença não viola a ideia de sistema jurídico axiológico. Mínimo não é menos, nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.[7] É um direito **instrumental**, um direito **complementar**, sobretudo, de garantir a dignidade do devedor de boa-fé que lutou sua vida inteira para adquirir patrimônio suficiente ao seu amparo e ao de sua família.[8] Todo cidadão tem o direito fundamental à própria vida e, para isso, necessita de um mínimo para garantir sua subsistência.

O **direito real de habitação** assegurado ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente, apesar de dispor da mesma natureza protetiva, não se confunde com a noção de mínimo vital nem pode ser reconhecido como bem de família.

20.3. Espécies de impenhorabilidade

Existem duas modalidades de bem de família:

- **voluntário** - decorrente da vontade do proprietário ou de terceiro, sendo necessário o atendimento a uma série de requisitos;

- **legal** - não depende da manifestação do instituidor e não está condicionado a qualquer formalidade. A lei torna

impenhorável o simples fato de o devedor residir em um imóvel.

A **Constituição** instituiu o **bem de família rural**, visando a proteger a pequena propriedade rural (CF 5.º XXVI).

O **Código Civil** injustificadamente regula somente a **constituição voluntária** de um bem como de família (CC 1.711 a 1.722). Autoriza cônjuges, companheiros e até terceiros a destinarem um imóvel (e os móveis que o guarnecem e até as rendas para sua manutenção) para servir de moradia a uma entidade familiar, ficando esses bens isentos de execução por dívidas. É o que se chama de **bem de família voluntário**. A possibilidade da instituição de bem de família por terceiro não recebe muita atenção da doutrina, porque a utilização dessa liberalidade é pouco efetiva, devido à condição socioeconômica da maior parte dos brasileiros, ficando seu uso restrito às pessoas de maior posse.[9]

O **bem de família legal** persiste regulado pela L 8.009/90 e livra da penhora o bem imóvel que serve de residência ao devedor e à sua família, os móveis que o guarnecem (desde que quitados) e todos os equipamentos de uso profissional.

O **CódigodeProcessoCivil** arrola bens isentos da constrição judicial (CPC 833). Não se pode deixar de reconhecer que o elenco de **impenhorabilidades** busca, ainda que de modo um tanto incipiente, atribuir um mínimo de proteção ao devedor e sua família.[10] Mesmo que a indisponibilidade gerada pelo CPC não possa ser chamada de bem de família, ao nominar os bens que ficam livres de penhora, tenta assegurar o indispensável para preservar a dignidade do devedor e seus familiares.[11]

20.4. Convencional

Tanto os "cônjuges" como a "entidade familiar" possuem legitimidade para instituir bem de família (CC 1.711). Em todos os demais dispositivos legais que regulam o instituto é usada somente a expressão **cônjuge**, parecendo referir exclusivamente ao **casamento**. No entanto, não há como admitir tratamento diferenciado, pois a Constituição outorga igual proteção aos cônjuges, aos conviventes da **união estável** e aos integrantes das **famílias monoparentais**.

Também **outras pessoas** (CC 1.711 parágrafo único) têm a possibilidade de instituir bem de família a favor de terceiros, por meio de **testamento** ou **doação**. É necessária, no entanto, a **expressa aceitação** dos beneficiários. A necessidade da concordância decorre do fato de o bem se destinar ao domicílio familiar. E aquele que recebe um imóvel como bem de família precisa morar nele (CC 1.712 e 1.717).

Instituído o bem de família, deixa o imóvel de responder pelas dívidas do devedor. O bem fica livre de **dívidas futuras**, não das **dívidas pretéritas**. Isso porque a impenhorabilidade não tem **efeito retroativo** (CC 1.715). A medida é salutar para evitar tentativas de fraude. Afinal, as pessoas dispõem de crédito em face do patrimônio de que são titulares. Por exemplo, concedido empréstimo a alguém pelo lastro patrimonial que possui, descabido que posterior instituição de bem de família venha a afastar a garantia do credor.

A **administração** do bem de família compete a ambos os **cônjuges**. Mais uma vez a lei intromete o juiz na vida conjugal, atribuindo-lhe o encargo de resolver eventuais divergências (CC 1.720). Apesar do silêncio da lei, em se tratando de união estável cabe reconhecer que os **conviventes** são coadministradores do bem e também pode o juiz ser convocado a dirimir controvérsias.

Ante a possibilidade de ser instituído bem de família por **testamento**, cabe questionar se tal liberalidade poderia vir em prejuízo

dos **credores do testador**. Para evitar o uso desse mecanismo, como forma de driblar o pagamento de dívidas, basta que os credores do espólio habilitem seus créditos no **inventário**. Como os efeitos do testamento fluem a partir da abertura da sucessão, a instituição do bem de família levada a efeito é posterior às dívidas do espólio. Assim, somente após o pagamento das dívidas da herança será possível, se houver sobra de patrimônio, atender à vontade do testador de assegurar moradia a alguém.

Pode ser destinado como bem de família somente um **imóvel (urbano ou rural)**; os respectivos bens **móveis** que o guarnecem (pertenças, acessórios e utensílios domésticos); e também **valores mobiliários**, cujo rendimento se destina à conservação do imóvel e ao **sustento da família** (CC 1.712). Essa possibilidade acaba emprestando **caráter alimentar** a tal verba, mas, ainda assim, não se confunde com alimentos.

Apesar da possibilidade de outros bens serem indisponibilizados como bem de família, é necessária a instituição de, ao menos, um bem imóvel. Os demais (bens móveis e valores mobiliários) possuem caráter de acessoriedade e não existem de forma autônoma como bem de família.[12] Ficam vinculados ao imóvel e não podem exceder o seu valor. Esses valores precisam ser devidamente individualizados e nominados no instrumento de instituição do bem de família (CC 1.713 §§ 1º e 2.º). A administração pode ser confiada a instituição financeira (CC 1.713 § 3.º), caso em que a responsabilidade dos administradores obedece às regras do contrato de depósito (CC 627 a 652).

20.4.1. Instituição

O bem de família pode ser instituído por **escritura pública** ou **testamento**. Mas há limites: o valor do bem não pode ultrapassar **um terço** do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição. Dita limitação acaba permitindo que somente pessoas

abastadas possam adotá-lo, pois o acervo patrimonial precisa ser de significativa expressão, de modo que uma terça parte seja liberada para tornar-se impenhorável. Daí o pouco uso do instituto.

O bem de família voluntário não tem o intuito de fraudar credores. Por isso, sua instituição é cercada de ampla publicidade, para que todos tenham acesso à informação de que alguém pretende colocar um imóvel a salvo da constrição por dívidas. A escritura pública, na qual é declarada a destinação do bem como domicílio da família, deve ser transcrita no **registro imobiliário**. O oficial do registro (LRP 261), após fazer a prenotação (LRP 182), determina a publicação de **edital**, com prazo de 30 dias, para que eventuais prejudicados reclamem (LRP 262). Havendo impugnação, o oficial devolve a escritura ao instituidor, que pode se socorrer do juiz, cuja decisão é irrecorrível (LRP 264 § 3.º).

Algumas imprecisões legais são inadmissíveis. Não há como aceitar a instauração de relação processual sem a **citação** do instituidor, em flagrante ofensa ao princípio do contraditório. Além do mais, a **irrecorribilidade** ofende o princípio do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.[13] A vedação ao uso da via recursal não encontra qualquer justificativa, até porque o procedimento é instaurado junto à Vara dos Registros Públicos, sendo expressamente admitido o recurso de apelação (LRP 202).

A constituição do bem de família produz **efeito** a partir do registro no cartório imobiliário (CC 1.714 e LRP 167 I 1), publicidade que permite a terceiros terem ciência da indisponibilidade. Quando o bem de família é instituído juntamente com a transmissão da propriedade, a inscrição será feita imediatamente após o registro translativo do domínio (LRP 265).

20.4.2. Extinção

A instituição do bem de família, além de obrigar os beneficiários a residirem no imóvel, provoca a sua **impenhorabilidade** e o torna **inalienável**. No entanto, variadas são as situações em que pode ocorrer sua extinção.

As despesas geradas pelo próprio bem[14] não geram impenhorabilidade (CC 1.715): **crédito tributário** e **despesas de condomínio**. As exceções justificam-se por si. A obrigação de pagar as despesas condominiais é de todos os condôminos, e livrar o bem de família levaria um condômino a se locupletar à custa dos outros.[15] Para responder por tais dívidas, o bem pode ser penhorado e alienado. O eventual **saldo remanescente** permanece como bem de família, devendo ser adquirido outro bem ou títulos da dívida pública para atender ao sustento da família. Talvez seja essa a única hipótese em que o bem de família subsista sem estar atrelado a um imóvel. Solução outra fica a critério do juiz (CC 1.715 parágrafo único).

O bem de família só pode ser **alienado** com a ouvida dos interessados (CC 1.717). A participação do Ministério Público só ocorre se houver interesse de incapaz (CPC 178 II).

Sendo impossível sua **manutenção**, cabível é a **extinção** ou a **sub-rogação** em outro imóvel (CC 1.719). Desnecessariamente exige a lei que o pedido seja chancelado pelo juiz. A não ser que haja interesse de incapaz, a judicialização é de todo inócua. Descabida a exigência de procedimento judicial. Para que a manifestação judicial não se limite a ato homologatório meramente burocrático, seria necessário que todos fossem ouvidos, providência absolutamente injustificável. Melhor seria admitir simples averbação registral.

Diz a lei que os **efeitos** da instituição do bem de família permanecem enquanto viver um dos cônjuges (CC 1.716). Apesar do

cochilo do legislador, também o companheiro sobrevivente faz jus ao mesmo benefício. No caso de **falecimento** de ambos os **cônjuges** ou dos **conviventes**, havendo filhos incapazes, a impenhorabilidade persiste, passando sua administração ao **filho** mais velho. Injustificável, para não dizer inconstitucional, o privilégio à primogenitura. O que cabe é deferir a administração a um dos filhos maiores de idade. Sendo todos menores, a administração deve passar ao **tutor** (CC 1.720 parágrafo único).

A limitação da eficácia do bem de família à menoridade dos filhos do instituidor não se justifica. O conceito de família não tem mais formatação definida, sendo reconhecida como **família parental** a entidade familiar constituída somente pela prole. O próprio STJ há muito reconhece a impenhorabilidade do imóvel ocupado por irmãos.[16] Não importa a natureza da indisponibilidade, se legal ou convencional: na ausência dos pais, os filhos formam uma família e estão a salvo dos devedores. Assim, apesar do que está posto na lei, a instituição do bem de família transmite-se aos filhos. Não há como admitir a revogabilidade da instituição, pois o bem ainda serve a uma família, mesmo que seja constituída de filhos adultos. De qualquer modo, na hipótese de existência de filho sujeito a **curatela**, imprescindível a mantença do encargo.

É possível ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente pedir a **extinção** do ônus, em caso de ser o único bem do casal (CC 1.721 parágrafo único). No entanto, havendo filhos menores, essa possibilidade liberatória pode lhes acarretar prejuízos, fato a ser considerado pelo juiz.[17]

Na eventualidade de extinção da benesse instituída por **terceiros**, ainda que nada refira a lei, deve-se reconhecer que retorna ao instituidor a posse plena e a propriedade livre e desembaraçada do bem, assim como suas pertenças e rendas.

20.5. Legal

O Código Civil prevê somente o bem de família instituído voluntariamente, remetendo à lei especial a impenhorabilidade do imóvel residencial (CC 1.711). É a L 8.009/90 que cumpre esta função: *dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.* Trata-se de lei **cogente e de ordem pública**, de nítido caráter protecionista e publicista. Garante o mínimo necessário à sobrevivência da família, à luz do direito fundamental à moradia, amplamente prestigiado e consagrado pelo texto constitucional (CF 6.º, 7.º, IV e 23, IX). No entanto, se o devedor oferece à penhora o bem que reside, depois não pode buscar o reconhecimento de se tratar bem de família. Configura-se afronta à **boa fé objetiva**.[18]

O Estado chama para si o dever de proteção que antes era deixado ao arbítrio do chefe de família, a quem incumbia a constituição voluntária do bem de família.[19] Conforme lembra Álvaro Villaça Azevedo, não fica a família à mercê de proteção por seus integrantes, mas é defendida pelo próprio Estado.[20] Em face da referência à entidade familiar, é necessário estender o instituto a todas as estruturas familiares. Não há como enfocar o instituto somente como proteção a este ou aquele modelo de entidade familiar, nem mesmo como proteção à família do devedor, por não ter sido ela quem diretamente contraiu a dívida.[21]

O bem de família não responde por **nenhum tipo de dívida** civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza (L 8.009/90 1.º). A impenhorabilidade pode ser oposta em execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou qualquer outra (L 8.009/90 3.º). Não há como impor a venda do bem para assegurar o pagamento de crédito trabalhista, sob o fundamento que com o produto da venda e pagamento da dívida é possível a compra de outro bem a servir de moradia ao devedor.[22]

A impenhorabilidade pode ser alegada a **qualquer tempo ou grau de jurisdição**. Estão livres da execução:

Um **único imóvel**, urbano ou rural, onde se assenta a moradia permanente da família;

As **plantações** e as **benfeitorias** de qualquer natureza;

Todos os *equipamentos*, inclusive os de *uso profissional*;

Os **móveis** que guarnecem a casa, desde que quitados.

Excluem-se do rol da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Caso o único bem do devedor se encontre **desocupado**, não é reconhecida a sua impenhorabilidade, pois não está atendendo ao propósito protetivo do instituto.[23] A não ser que o imóvel se encontre **alugado** e o valor do aluguel seja revertido à moradia da sua família.[24]

Se o devedor possui mais de uma residência, apenas uma não se sujeita à penhora, a de **menor valor**. No entanto, se o devedor vier a se desfazer de um imóvel, não pode requerer que seja levantada a penhora sobre o outro.[25]

O fato de o devedor possuir **mais bens**, não impede a impenhorabilidade do imóvel onde reside.[26] O **locatário** de imóvel alugado é favorecido pela impenhorabilidade somente dos bens móveis que guarnecem a sua residência.

Elenca a lei exceções à impenhorabilidade (L 8.009/90 3.º). A que gera maior controvérsia é a que diz com a **fiança**, cuja constitucionalidade sempre foi questionada em face do direito de moradia do fiador. Paulo Lôbo afirma que admitir a penhora do bem de família do

fiador não viola o direito constitucional à moradia (CF 6.º) e nem afronta a dignidade da pessoa. Prevalece o princípio da autonomia privada do fiador, pouco importando que ele e sua família sejam desalojados de sua moradia para satisfação do direito do crédito, evitando-se assim prejuízo à oferta de imóveis à locação.[27]

Apesar de o STF ter reconhecido, em decisão com repercussão geral, a impenhorabilidade do imóvel do fiador que lhe serve de residência,[28] o STJ sumulou o tema em sentido oposto.[29]

Duas outras exceções são salutares. Não se livra da penhora o bem de família quando se trata de **execução de dívida alimentar** (L 8.009/90 3.º III). Entre o direito de alguém morar e a necessidade de outro viver, optou o legislador pela sobrevivência do credor de alimentos.

Também não fica imune à penhora o bem que foi ele adquirido com **produto de crime**, ou quando a dívida decorre de condenação penal, ressarcimento, indenização ou perda de bens (L 8.009/90 3.º VI). No entanto, se metade do bem foi adquirido em fraude à execução, em se tratando de imóvel indivisível, a impenhorabilidade alcança todo o bem.[30]

20.6. Beneficiários

Atendendo estritamente ao que está posto na lei, só poderia ser reconhecido como bem de família o imóvel onde reside o devedor e sua família. É o que diz o art. 1.º da L 8.009/90, que fala em imóvel próprio do **casal** ou da **entidade familiar**. No entanto, em face da valorização da dignidade do ser humano e da repersonalização do direito das famílias, o bem de família busca novos rumos, novas finalidades, e a tendência é reconhecer o instituto como **direito social**, invocando-se o direito constitucional à moradia.[31] Com essa preocupação, tanto a doutrina como a jurisprudência têm conferido

significado mais amplo ao conceito de bem de família. Neste sentido posicionou-se o STJ[32] ao editar súmula abrangendo, no conceito de impenhorabilidade de bem de família, o imóvel pertencente às pessoas sozinhas. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa.[33]

Não só a pessoa física, mas também a **pessoa jurídica** está ao abrigo da impenhorabilidade quando se trata de **empresa familiar** cujos sócios residam no imóvel, [34] mesmo que o imóvel comercial tenha sido oferecido em garantia real hipotecária.[35]

A **dissolução** da **sociedade conjugal** ou da **entidade familiar** não extingue o bem de família. Sua intangibilidade não beneficia exclusivamente o imóvel onde reside o seu proprietário. Mesmo que o devedor não esteja utilizando o bem, permanecendo na posse o ex-cônjuge ou ex-convivente e filhos, é reconhecido o bem como impenhorável. Caso tenha o bem sido prometido a venda, nele residindo um dos cônjuges, este precisa ser citado para a execução, constituindo-se um **litisconsórcio passivo necessário**.[36]

Quando o devedor que é proprietário de dois imóveis e mantém **uniões simultâneas**, residindo uma família em cada um deles, as duas residências estão resguardadas pela impenhorabilidade.[37]

Há mais situações que merecem igual tratamento. Quando os cônjuges ou companheiros residem em **imóveis distintos**. Na hipótese de **famílias pluriparentais**, há que se reconhecer a existência de três entidades familiares: a nova família constituída pelo casamento ou união estável e as duas entidades formadas por cada um dos pais com sua prole fruto da união pretérita.

Tratando-se de **imóvel indivisível**, em que parte é residencial e parte é comercial, todo o bem é impenhorável.[38] A não ser que haja

a possibilidade de desmembramento sem alteração na substância do imóvel.[39] Demonstrado que o **imóvel em construção** tem finalidade residencial e o executado não possui outro, residindo em apartamento alugado, faz jus ao benefício.[40] O **usufrutuário** (CC 1.390 a 1.411) de imóvel residencial está a salvo para fruir e utilizar o bem que seja moradia da família. Igualmente, o **direito de uso** (CC 1.412 e 1.413) e o **direito de habitação** (CC 1.414 a 1.416) não se penhoram.[41] No entanto, a nua-propriedade pode sofrer a constrição. A **vaga de garagem** não está compreendida no conceito de bem de família.[42]

20.7. Rural

A Constituição Federal (186), atenta à função social da propriedade, isenta da penhora a **pequena propriedade rural**, assim definida na lei, com referência aos débitos decorrentes da atividade produtiva desempenhada pela família (CF 5.º XXVI). Trata-se de impenhorabilidade **relativa**, condicionada a três pressupostos cumulativos: (a) o bem tem de ser identificado como pequena propriedade rural; (b) é indispensável que seja trabalhado pela família; e (c) a dívida deve ter sido contraída em razão da atividade produtiva. Ainda que não se encontre regulamentado tal dispositivo constitucional, não há como lhe negar vigência em face da determinação de eficácia imediata das garantias fundamentais (CF 5.º § 1.º).

A L 8.009/90 concedeu uma nova dimensão à impenhorabilidade do imóvel rural. Mesmo que se restrinja à sede da moradia (L 8.009/90 4.º § 2.º), não está condicionada à natureza do débito. O Código de Processo Civil, ao elencar as impenhorabilidades, inclui o **imóvel rural** (CPC 833 VIII).

Há toda uma discussão que envolve a identificação do que se deve chamar de pequena propriedade rural. Por falta de referência

mais precisa cabe invocar, por analogia, o conceito de propriedade familiar do Estatuto da Terra, que identifica o que é chamado de **módulo rural** (L 4.504/64 4.º II e III): *imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico*.[43]

20.8. Dívida alimentar

Entre as **exceções** que afastam a impenhorabilidade do bem de família, a depender da natureza da dívida, encontra-se a obrigação alimentar. Não distingue a lei a natureza dos alimentos.[44] As mesmas hipóteses de impenhorabilidades estão previstas no estatuto processual. Como há algumas dívidas frente às quais descabe invocar a condição de bem de família para livrá-lo da execução, é possível afastar a impenhorabilidade dos bens referidos no CPC. A questão ganha relevância quando se trata de dívida alimentar.

A obrigação alimentícia é reconhecida constitucionalmente como merecedora de exigibilidade mais efetiva, superior até ao direito de liberdade, pois é autorizada a **prisão do devedor** (CF 5.º LXVII). Como as impenhorabilidades elencadas no CPC visam a proteger o devedor, não pode prevalecer seu interesse, deixando à míngua o alimentando. Também merece ser invocada a determinação de que a execução seja feita do modo menos gravoso ao devedor (CPC 805). Ora, entre a penhora dos bens tidos como impenhoráveis e a liberdade do alimentante, certamente a forma menos gravosa é fazer com que seu patrimônio garanta o pagamento de dívida alimentar.

O crédito de **honorários advocatícios** não é reconhecido como de natureza alimentar para afastar a impenhorabilidade do bem de família.[45]

20.9. Aspectos processuais

A intangibilidade do bem que serve de residência à entidade familiar do devedor é considerada **matéria de ordem pública**. Assim, pode ser suscitada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, até o momento da alienação judicial do bem.[46]

A exceção de que o bem alvo de constrição trata-se de bem de família pode ser oposta quando do **cumprimento da sentença** ou da **execução**. Se o beneficiário da impenhorabilidade não integra a ação, pode insurgir-se via **embargos de terceiro**.

Como se trata de exceções à impenhorabilidade, a interpretação há que ser restritiva.[47] O **ônus da prova** de que o bem se destina ao uso familiar é do devedor.[48]

O devedor não pode **renunciar** à impenhorabilidade indicando à penhora bens que guarnecem sua residência.[49]

Como o bem de família não fica sujeito à penhora, também está livre de sofrer medidas acauteladoras, como o **sequestro**.[50]

Leitura complementar

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: com comentários à Lei 8.009/90. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família* - Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

______. Bem de família e o patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 681-691.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A (im)possibilidade da concessão da pensão por morte para o companheiro da união estável paralela consentida. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre: Magister, n. 63. p. 70-97, nov-dez 2014.

1

Sérgio Iglesias Nunes de Souza, Direito à moradia e de habitação:..., 157.

2

Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 242.

3

Idem, 254.

4

César Fiúza, Diretrizes hermenêuticas do direito de família, 233.

5

Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 256.

6

Daniel Sarmento, A ponderação de interesses..., 71.

7

Luiz Edson Fachin, Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, 301.

8

Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 262.

9

Claudete Carvalho Canezin, Bem de família, 243.

10

Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 164.

11

Impenhorabilidade do bem de família. (...) Impenhorabilidade do bem de família. Relativização indevida do direito de propriedade. O princípio da efetividade jurisdicional não viabiliza mitigar o princípio constitucional que impede a penhora do bem de família, em respeito à garantia da moradia, que viabiliza a harmonia e o equilíbrio das relações sociais. Nesse sentido, não se recepciona a tese de que o pagamento da execução, pela penhora do bem de família, pode ser flexibilizada em casos em que o valor do imóvel é superior ao valor objeto da condenação, eis que o princípio constitucional insculpido no art. 226 c/c art. 6.º da Constituição Federal consagra proteção especial à família, com o fim de preservar, pelo direito à moradia, o princípio da dignidade da pessoa humana. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, Recurso Revista 18374920125150092, 6.ª T, Rel. Paulo Maia Filho, j. 19/08/2015).

12

[12] A única hipótese em que dinheiro pode permanecer como bem de família é aquela em que há saldo restante da venda do bem (CC 1.715 parágrafo único).

13

Idem, 105.

14

São chamadas obrigações reais ou *propter rem*, ou seja, obrigações decorrentes do próprio bem.

15

Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 249.

16

STJ, REsp 159.851/SP, 4.ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/03/1998.

17

Álvaro Villaça Azevedo, Do bem de família, 251.

18

Execução. Cédula de crédito hipotecária. Bem imóvel oferecido em garantia do contrato. Impossibilidade de reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família. Exceção prevista no artigo 3.º da Lei 8009/90. Ausência de boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*. Impossibilidade. Decisão mantida. Recurso improvido. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite do processo de execução por ele sofrida, em razão de inadimplemento de obrigação positiva e líquida, em seu termo. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado quando de seu oferecimento em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade, nos termos do artigo 3.º, V, da Lei 8.009/90. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo. Falta ao devedor, no caso, com um dos deveres de conduta na execução do contrato, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela, que correspondem à boa-fé objetiva com que deve se portar no cumprimento da obrigação. Quebra essa regra o devedor que obtém o financiamento em razão da garantia hipotecária dada ao credor, e posteriormente opõe exceção de impenhorabilidade do bem, com a pretensão de livrá-lo da constrição judicial, ato que se caracteriza como *venire contra factum proprium*, repudiado pelo ordenamento jurídico. Recurso conhecido e improvido. (TJMS, AI 14113751820148120000, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Dorival Renato Pavan, j. 18/09/2014).

19

Ana Marta C. de B. Zilveti, Novas tendências do bem de família, 256.

20

Álvaro Villaça Azevedo, Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90, 167.

21

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, A impenhorabilidade do bem de família, 163.

22

O Judiciário deve buscar um equilíbrio entre o direito ao crédito trabalhista do exequente e o direito à moradia do devedor, o que impõe a flexibilização da norma que fixa a impenhorabilidade do bem de família, quando o valor do imóvel penhorado for suficiente para o pagamento do crédito e a aquisição de nova moradia digna e confortável para o executado. Conclusão: Pelo exposto, conheço e nego provimento ao agravo de petição. Acordam os desembargadores da 4.ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região, por maioria, conhecer e negar provimento ao agravo de petição, nos termos da fundamentação do voto da Excelentíssima Juíza Relatora. (TRT 1.ª Região, AP 0143100-13.1995.5.01.0203-RJ, 4.ª T., Rel. Juíza Convocada Mônica Batista Vieira Puglia, j. 21/05/2013).

23

Impenhorabilidade do bem de família. Imóvel desocupado. (...) 3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência não o descaracteriza automaticamente, sendo suficiente à proteção legal que seja utilizado em proveito da família, como a locação para garantir a subsistência da entidade familiar. 4. Neste processo, todavia, o único imóvel do devedor encontra-se desocupado e, portanto, não há como conceder a esse a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 1.º da Lei 8.009/90, pois não se destina a garantir a moradia familiar ou a subsistência da família. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, REsp 100.546/SP, 3.ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, p. 03/02/2011).

24

Súmula 486 do STJ: É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

25

Bem de família. Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Prova da inexistência de outros bens. 1. Para efeitos de impenhorabilidade, a parte executada deve comprovar que o imóvel penhorado é o único bem utilizado pela entidade familiar para moradia, inexistindo outros que possam servir para a mesma finalidade. 2. Possuindo a executada dois imóveis quando do início da fase de cumprimento de sentença e sendo um deles penhorado para garantir o cumprimento do débito exequendo, a venda, durante a fase executiva, do bem não penhorado não poderá justificar a desconstituição da penhora sobre o outro imóvel penhorado, sob a alegação de que este se tornou o único bem de família. 3. Agravo provido para determinar a

manutenção da penhora sobre o imóvel da parte executada. (TJDF, Ac. 561850, AI 20110020239607, 1.ª T. Cív., Rel. Flávio Rostirola, j. 25/01/2012).

26

Bem de família. Comprovação de que o bem penhorado é o utilizado como residência familiar. Desnecessidade de provar ser o imóvel o único de propriedade da família. Impenhorabilidade prevista nos artigos 1.º e 3.º da Lei 8.009/90. Necessária desconstituição da penhora. Precedentes do STJ. Conhecimento e provimento do recurso - modificação do julgamento hostilizado. (TJMS, AI 2012.015298-0, 3.ª C. Cív., Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho, j. 15/08/2013).

27

Paulo Lôbo, Relações de família e direitos fundamentais, 20.

28

STF, Repercussão Geral em RE 612.360/SP, Rel. Min. Ellen Grace, j. 13/08/2010.

29

Súmula 549 do STJ: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

30

[30] Recurso especial. Fraude à execução. Impenhorabilidade de bem de família. Proteção à integralidade do bem. 1. Em se constatando que o imóvel no qual reside a recorrente é um bem de família, ainda que parte dele tenha sido adquirida em suposta fraude à execução, a impenhorabilidade da parte não eivada de vício (os 50% da recorrente) se estenderia à totalidade do bem, salvo se se tratar de imóvel suscetível de divisão. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se dá parcial provimento. (STJ, ED no REsp 1.084.059/SP (2008/0173574-8), 4.ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11/04/2013).

31

A EC 26/00 alterou o art. 6.º da CF, incluindo o direito à moradia entre os direitos sociais.

32

Súmula 364 do STJ: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

33

STJ, REsp 963.370/SC, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/04/2008.

34

Embargos de terceiro. Impenhorabilidade de bem de família. Alegação de que o imóvel constitui bem de família. Imóvel em nome da pessoa jurídica. Admissibilidade: Os documentos dos autos mostram que a constrição judicial recaiu sobre imóvel onde reside sócio da pessoa jurídica executada. Caracterização do bem de família, nos termos da Lei 8.009/90. É entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça a possibilidade da proteção do bem de família, no caso de sócio que reside em imóvel registrado em nome da pessoa jurídica. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP, AC 1007380-59.2014.8.26.0554, 37.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Israel Góes dos Anjos, j. 11/11/2014).

35

Recurso especial. Direito civil. Bem de família oferecido em garantia real hipotecária. Pessoa jurídica, devedora principal, cujos únicos sócios são marido e mulher. Empresa familiar. Disposição do bem de família que se reverteu em benefício de toda unidade familiar. Hipótese de exceção à regra da impenhorabilidade prevista em lei.. (...) 2. Discute-se a penhorabilidade de bem de família quando oferecido em garantia real hipotecária de dívida de pessoa jurídica da qual são únicos sócios marido e mulher. 3. O STJ há muito reconhece tratar-se a Lei 8.009/1990 de norma cogente e de ordem pública, enaltecendo seu caráter protecionista e publicista, assegurando-se especial proteção ao bem de família à luz do direito fundamental à moradia, amplamente prestigiado e consagrado pelo texto constitucional (art. 6.º, art. 7.º, IV, 23, IX, CF/88). 4. Calcada nessas premissas, a jurisprudência está consolidada no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido em garantia real hipotecária, somente não será oponível quando tal ato de disponibilidade reverte-se em proveito da entidade familiar. Precedentes. 5. Vale dizer, o vetor principal a nortear em especial a interpretação do inc. V do art. 3.º da Lei 8.009/1990 vincula-se à aferição acerca da existência (ou não) de benefício à entidade familiar em razão da oneração do bem, de tal modo que se a hipoteca não reverte em vantagem à toda família, favorecendo, v.g., apenas um de seus integrantes, em garantia de dívida de terceiro (a exemplo de uma pessoa jurídica da qual aquele é sócio), prevalece a regra da impenhorabilidade como forma de proteção à família - que conta com especial proteção do Estado; art. 226, CF/88 - e de efetividade ao direito fundamental à moradia (art. 6.º, CF/88). 6. É indiscutível a possibilidade de se onerar o bem de família, oferecendo-o em garantia real hipotecária. A par da especial proteção conferida por lei ao instituto, a opção de fazê-lo está inserida no âmbito

de liberdade e disponibilidade que detém o proprietário. Como tal, é baliza a ser considerada na interpretação da hipótese de exceção. 7. Em se tratando de exceção à regra da impenhorabilidade - a qual, segundo o contorno conferido pela construção pretoriana, se submete à necessidade de haver benefício à entidade familiar -, e tendo em conta que o natural é a reversão da renda da empresa familiar em favor da família, a presunção deve militar exatamente nesse sentido e não o contrário. A exceção à impenhorabilidade e que favorece o credor está amparada por norma expressa, de tal modo que impor a este o ônus de provar a ausência de benefício à família contraria a própria organicidade hermenêutica, inferindo-se flagrante também a excessiva dificuldade de produção probatória. 8. Sendo razoável presumir que a oneração do bem em favor de empresa familiar beneficiou diretamente a entidade familiar, impõe-se reconhecer, em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de *venire contra factum proprium*), a autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família, que eventual prova da inocorrência do benefício direto é ônus de quem prestou a garantia real hipotecária. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (STJ, AREsp 1.413.717/PR, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/11/2013).

36

Embargos infringentes. Embargos de terceiro. Compromisso de venda e compra de imóvel residencial. Abandono de lar pelo varão. Esposa lá residente, em companhia dos filhos. Negócio realizado na constância do casamento. Esposa que não foi citada para a ação possessória. Necessidade. Irrelevância da circunstância de não ter firmado o compromisso de venda e compra. Litisconsórcio passivo necessário, em especial por ser o regime de bens do casamento o da comunhão universal. Doutrina de Rolf Madaleno. Precedente do Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Embargos infringentes acolhidos, para que prevaleça o voto vencido, que mantinha a sentença de primeira instância. (TJSP, EI 0000569-04.2008.8.26.0266/50000, 10.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 29/01/2013).

37

Carlos Eduardo P. Ruzyk, União estável:..., 219.

38

Penhora. Bem de família. Havendo comprovação de que o imóvel serve de moradia para o requerente e sua família e não demonstrada a possibilidade de seu desmembramento, é de ser afastada a constrição judicial. Recurso não provido.

(TJSP, AI 20104914720148260000, 21.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Itamar Gaino, j. 09/06/2014).

39

STJ, REsp 968.907/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01/04/2009.

40

STJ, REsp 698.750/SP, 1.ª T., Rel. Min. Denise Arruda, j. 10/04/2007.

41

Ricardo Arcoverde Credie, Bem de família, 53.

42

Súmula 449 do STJ: A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora.

43

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, A impenhorabilidade do bem de família, 78.

44

Bem de família. Obrigação alimentícia decorrente de ato ilícito. Exceção à impenhorabilidade. 1. A impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3.º, III, da Lei 8.009/90 não pode ser oposta ao credor de pensão alimentícia decorrente de indenização por ato ilícito. Precedentes. 2. Embargos de divergência rejeitados. (STJ, EDiv em REsp 679.456/SP, 2.ª S., Rel. Min. Sidnei Beneti, p. 16/06/2011).

45

STJ, REsp 1.182.108/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12/04/2011.

46

STJ, REsp 981.532/RJ (2007/0198107-0), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/08/2012.

47

STJ, REsp 1.074.838/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/10/2012.

48

TJMG, AI 1.0686.05.169225-5/001, 10.ª C. Cív., Rel. Des. Álvares Cabral da Silva, p. 23/08/2013.

49

Recurso especial. Ação anulatória. Acordo homologado judicialmente. Oferecimento de bem em garantia. Pequena propriedade rural. Impenhorabilidade. Equiparação à garantia real hipotecária. Descabimento. 1. A proteção legal assegurada ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia, por tratar-se de princípio de ordem pública, que visa a garantia da entidade familiar. 2. A ressalva prevista no art. 3.º, inciso V, da Lei 8.009/90 não alcança a hipótese dos autos, limitando-se, unicamente, à execução hipotecária, não podendo benefício da impenhorabilidade ser afastado para a execução de outras dívidas. Por tratar-se de norma de ordem pública, que visa a proteção da entidade familiar, e não do devedor, a sua interpretação há de ser restritiva à hipótese contida na norma. 3. Recurso Especial improvido. (STJ, REsp, 1.115.265/RS, 3.ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24/04/2012).

50

STJ, REsp 1.245.466/RJ, 2.ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, p. 05/05/2011.

21. RELAÇÕES DE PARENTESCO

SUMÁRIO: 21.1 Tentativa conceitual - 21.2 Classificação: 21.2.1 Natural e civil; 21.2.2 Biológico ou consanguíneo; 21.2.3 Linha reta; 21.2.4 Linha colateral; 21.2.5 Grau - 21.3 Afinidade - 21.4 Obrigação alimentar - Leitura complementar.

Referências legais: CF 226, 227 § 6.º, 229 e 230; CC 1.591 a 1.595; (LRP 57 § 8º).

21.1. Tentativa conceitual

Parentesco e família não se confundem, ainda que dentro do conceito de família esteja contido o parentesco mais importante: a **filiação**.[1] As **relações de parentesco** são os vínculos decorrentes da **consanguinidade** e da **afinidade** que ligam as pessoas a determinado grupo familiar. **Cônjuges** e **companheiros** não são parentes, apesar de integrarem a família e manterem vínculo de afinidade com os parentes do par. Os **vínculos de afinidade** surgem, quando do casamento e da união estável, com os parentes do cônjuge ou do companheiro (CC 1.595). A afinidade é considerada um vínculo de menor intensidade,[2] distinção que não se justifica. Essa visão estreita não vence hoje o conteúdo socioafetivo ampliador das relações familiares.[3] De qualquer forma, a lei não se preocupou em distinguilas, tratando os parentes consanguíneos e por afinidade no capítulo "Das relações de parentesco" (CC 1.591 a 1.595).

Por ser um vínculo natural, os elos de parentais não se constituem e nem se desfazem por ato de vontade. O **parentesco** também é um **vínculo jurídico** estabelecido por **lei**, assegurando direitos e impondo deveres recíprocos. A espécie de parentesco, a maior ou menor proximidade dos parentes, dispõe de reflexos jurídicos diversos, a depender do grau de intensidade da solidariedade

familiar.[4] De modo geral, atenta-se ao critério da proximidade: os parentes mais próximos são os primeiros a ser convocados. Basta lembrar a obrigação alimentar e a ordem de vocação hereditária.

As profundas alterações que ocorreram na família se refletem nos vínculos de parentesco. A própria Constituição Federal (227 § 6.º) encarregou-se de alargar o conceito de **entidade familiar** ao não permitir distinções entre **filhos**, afastando adjetivações relacionadas à origem da filiação. Ocorreu verdadeira desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, consequentemente, do parentesco em geral. Assim, deve-se buscar um **conceito plural** de paternidade, de maternidade e de parentesco em sentido amplo, no qual a vontade, o consentimento, a afetividade e a responsabilidade jurídicas terão missões relevantes.[5]

A fantástica evolução da engenharia genética e o surgimento das mais diversas formas de **reprodução assistida** embalam o sonho de qualquer pessoa que deseja ter um filho, não sendo mais possível limitar os vínculos de **parentesco** à **verdade biológica**. O Código Civil, ao tratar, ainda que de forma singela, das presunções de paternidade, reconhece a filiação fruto de concepção artificial homóloga (CC 1.597 III e IV) e heteróloga (CC 1.597 V). Todas essas nuances geram sérias dificuldades ao se tentar definir o que seja parentesco. Afirmar que é uma relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras ou descendem de um tronco comum abrange só o parentesco por consanguinidade,[6] deixando de fora o parentesco decorrente da adoção, da socioafetividade, bem como os vínculos de afinidade.

Como o legislador olvidou-se de regular as famílias **parentais**, ou seja, as entidades familiares formadas entre os parentes colaterais, não estabeleceu os vínculos de parentesco que geram.

21.2. Classificação

Como as estruturas familiares dispõem de diversas origens, vários são os critérios utilizados para classificar as relações de parentesco, a depender da identificação que se queira estabelecer entre duas pessoas.[7] O parentesco decorre das relações conjugais, de companheirismo e de filiação, maternal ou paternal. Pode ser natural, biológico, civil, adotivo, por afinidade, em linha reta ou colateral.

Todas as distinções e classificações feitas de modo minucioso pela lei dispõem de enorme importância. A identificação dos vínculos de parentesco tem reflexos nos **impedimentos matrimonias**, ante a proibição de incesto: os parentes em linha reta - pais e filhos, avós e netos - não podem casar (CC 1.521 I). Em sede de **alimentos** também é fundamental identificar os graus de parentesco em face da reciprocidade da obrigação alimentar. Os primeiros convocados a prestar alimentos são os parentes mais próximos (CC 1.696). No **direito sucessório**, a espécie de parentesco determina o modo de participar da herança, segundo a ordem de vocação hereditária (CC 1.829).[8]

As **distinções** entre parentesco em linha reta, em linha colateral e por afinidade são de duas ordens. Os parentes em linha reta descendem uns dos outros. São parentes na linha colateral quem tem um ascendente comum. O parentesco em linha reta é ilimitado e, na linha colateral, limita-se ao quarto grau, ao menos para efeitos jurídicos. Os **vínculos em linha reta** são perpétuos - quer decorram de parentesco, quer de afinidade -, não se extinguindo nem quando findo o casamento ou a união estável (CC 1.595 § 2.º). Quanto à **linhacolateral**, se a relação é por consanguinidade, o parentesco se estende até o quarto grau. Em se tratando de afinidade, o limite é o segundo grau. Ambos terminam quando finda o relacionamento.

21.2.1. Natural e civil

Historicamente, sempre se reconheceu que os vínculos de **consanguinidade** geram o que se chama de **parentesco natural**, denominando-se de **parentesco civil** o decorrente de **adoção**. A diferenciação entre o parentesco consanguíneo e o civil que repercute na classificação dos filhos em naturais e civis, funda-se em distinção que não mais se justifica. É tida como discriminatória, principalmente em face da regra constitucional (CF 227 § 6.º): *Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. Ou seja, filhos são filhos, sem qualquer adjetivação.

O desenvolvimento das modernas técnicas de **reprodução assistida** ensejou o que passou a ser chamado de **desbiologização da parentalidade**, impondo o reconhecimento de **outros vínculos** de parentesco. Assim, parentesco civil não é somente o que resulta da adoção. Também o é o que decorre de **qualquer outra origem** que não seja a biológica. Não há como deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação heteróloga (CC 1.597 V) gera parentesco civil.[9]

O prestígio da **verdade afetiva** frente à realidade biológica impôs o alargamento do conceito de filiação. Nos dias atuais, como afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama, paternidade, maternidade e filiação não decorrem exclusivamente de informações biológicas ou genéticas - dá-se relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade, para o fim de estabelecer relações de parentesco.[10]

Muito se questiona se a lei civil enlaçou o critério socioafetivo. Como bem observa Sérgio Gischkow Pereira, tudo indica que o legislador dele não cogitou. A doutrina e a jurisprudência vêm se

esforçando por detectá-lo.[11] Afirma-se que existe espaço para o reconhecimento de outros vínculos além da consanguinidade e da adoção, em face da amplitude da expressão "outra origem" (CC 1.593): *O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou* ***outra origem****.* Assim, "outra origem" não significa mais e tão somente o parentesco decorrente da **adoção**, mas o parentesco que tem origem diversa da consanguínea.[12] Também a referência a veementes presunções resultantes de fatos já certos (CC 1.605 II) diz com o conceito de **posse de estado de filho**, nada mais do que a filiação socioafetiva. Desse modo, a filiação pode constituir-se pela incidência direta de uma lei, que regula a atribuição do estado de filho, ou da posse de estado: situação fática prolongada de convivência e afetividade que conduz à paternidade.[13]

21.2.2. Biológico ou consanguíneo

Parentes consanguíneos são as pessoas que têm entre si um vínculo biológico. Assim, são **parentes** as pessoas que **descendem umas das outras**, ou têm um **ascendente comum**. O estabelecimento dos elos de parentesco sempre tem origem em um **ascendente**: pessoa que dá origem a outra pessoa. **Descendentes** são os parentes que se originam a partir da filiação. Os vínculos de ascendência e descendência natural têm **origem biológica**, mas podem decorrer da **adoção**, que gera o desligamento do adotado dos parentes consanguíneos. Quando ocorre a perda do poder familiar, ainda persiste o vínculo de parentesco natural para efeitos outros, como, por exemplo, a obrigação alimentar e os impedimentos matrimoniais. O casamento e a união estável também geram vínculo de ascendência e descendência, ainda que por **afinidade**.

21.2.3. Linha reta

Falar em **linha de parentesco** é identificar a vinculação da pessoa a partir de um **ascendente comum**. A identificação da linha de

parentesco é o que permite distinguir parentes em linha reta dos parentes em linha colateral. Em linha reta são aqueles que descendem uns dos outros. Na linha colateral, as pessoas relacionam-se com um **tronco** comum, sem descenderam umas das outras. O parentesco em linha reta leva em consideração a relação de **ascendência** e de **descendência** entre os parentes. O parentesco em linha colateral funda-se na **ancestralidade** comum, sem relação de ascendência ou descendência.

O parentesco em linha reta é **infinito**, nos limites que a natureza impõe à sobrevivência dos seres humanos.[14] Assim, não tem fim o parentesco entre ascendentes e descendentes: bisavô, avô, filho, neto, bisneto etc. São todos parentes. Por mais afastadas que estejam as gerações, serão sempre parentes entre si as pessoas que descendem umas das outras.[15] É o que diz o Código Civil (1.591): *são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.*

Dependendo do ângulo que se visualiza, o parentesco em linha reta é **ascendente** ou **descendente**, conforme se encare o parentesco subindo da pessoa a seu antepassado, ou descendo, sem qualquer limitação.[16] Uma pessoa tem uma relação de parentesco em **linha reta ascendente** com seus pais, avós, bisavós etc. Cabe um exemplo: parte-se do neto (C), subindo-se ao pai (B) até o avô (A), e, assim, sucessivamente.

Com referência aos filhos, netos, bisnetos etc., a relação de parentesco é de **linha reta descendente.** De novo o exemplo: olha-se a partir do pai (A), frente ao filho (B) e ao neto (C).

Todas as pessoas, sob o prisma de sua **ascendência**, têm **duas linhas de parentesco**, pois descendem de duas pessoas. A linha de ascendência bifurca-se sucessivamente entre os ascendentes paternos e maternos. Chama-se **linha paterna** o parentesco com o genitor e com os ascendentes dele, daí avós e bisavós paternos. Só o

exemplo socorre. O parentesco de alguém (A) com o pai (B) e com os seus ascendentes - avós (D e E) e bisavós paternos (H, I, J e K) - se estende sem qualquer limite. O parentesco em linha reta ascendente **materna** diz com os pais e avós da mãe: avós e bisavós maternos. Assim, o parentesco em linha reta ascendente **materna** se constitui com a mãe (C), os avós (F e G) e os bisavós maternos (L, M, N e O).

21.2.4. Linha colateral

Vínculos de parentesco igualmente se estabelecem quando, entre duas pessoas, existe um **ancestral comum**, fazendo surgir entre ambas uma relação de parentesco na linha colateral. Os parentes colaterais provêm de um **tronco comum**, não descendendo uns dos outros. Portanto, não existe parente colateral de **primeiro grau**. A contagem se faz indo até o ascendente comum, por exemplo, o mesmo pai, mesmo avô. O parentesco colateral encerra-se no **quarto grau** (CC 1.592): *São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.* Os irmãos são parentes em **segundo grau** na linha colateral. Tios e sobrinhos são parentes colaterais de **terceiro grau**, enquanto os sobrinhos-netos, tios-avós e primos são parentes colaterais em **quarto grau**. Assim, tanto os irmãos (B e C) como os primos (D e E) são parentes colaterais. Também o são o tio (B) frente ao sobrinho (E) e o tio-avô (B) em relação ao sobrinho-neto (G). Todos têm como ascendente comum (A).

Além desses, existem outros graus de parentesco, mas, para efeitos jurídicos, só é reconhecido o vínculo até o quarto grau.

21.2.5. Grau

Outro critério de classificação diz com os graus de parentesco, ou seja, o **número de gerações que separa os parentes**. É distinta a

forma de contagem dos graus de parentesco, entre os parentes em linha reta e os parentes em linha colateral ou transversal (CC 1.594).

Na **linha reta**, identifica-se o grau de parentesco pelo número de gerações que os separam. Conta-se o intervalo entre uma geração e outra. Assim, pai (A) e filho (B) são parentes na linha reta em **primeiro grau**; avó (A) e neto (C) são parentes em **segundo grau**; bisavô (A) e bisneto (D) são parentes na linha reta em **terceiro grau**, e assim por diante.

Na **linha colateral**, o parentesco também é contado pelo número de gerações entre os parentes, mas é necessário subir até o ascendente comum e depois descer até o outro parente para se identificar o grau de parentesco (CC 1.594). Cabem alguns exemplos. **Irmãos** (B e C) são parentes em **segundo grau**, eis que uma geração separa cada um do pai (A), que é o ascendente comum a ambos. **Tio** (B) e **sobrinho** (E) são parentes em **terceiro grau**, pois (A) é o ascendente comum, pai de um e avô do outro. **Primos** (D e E) são parentes em quarto grau, têm em comum o avô (A). **Tio-avô** (B) e **sobrinho-neto** (G) são igualmente parentes colaterais de **quarto grau**.

Quanto aos **irmãos**, ainda é feita uma distinção por **estirpe**. Os filhos do mesmo pai e da mesma mãe são chamados de irmãos **germanos ou bilaterais** por terem parentesco **bilateral**. Os filhos apenas do mesmo pai ou somente da mesma mãe são irmãos **unilaterais** (os chamados meio-irmãos).

Essa distinção ganha relevo no direito sucessório, quando são chamados à sucessão os parentes colaterais. Somente há igualdade na partilha se todos forem irmãos bilaterais ou todos unilaterais. Concorrendo à herança irmãos unilaterais e bilaterais, estes têm direito ao dobro da parte destinada ao meio-irmão (CC 1.841). É flagrante a **inconstitucionalidade** de tal distinção.[17] Afinal, não permite a Constituição qualquer tratamento discriminatório entre filhos, reconhecendo inclusive ao adotado os mesmos direitos. Nada justifica

assegurar aos irmãos direitos sucessórios diferenciados, principalmente quando a **obrigação alimentar** dos irmãos germanos e unilaterais é a mesma (CC 1.697). A discriminação, além de inconstitucional, é, sem dúvida, injusta.[18]

21.3. Afinidade

Os vínculos de afinidade e de parentesco, ainda que tratados em conjunto pelo legislador, não se confundem, mas ambos geram direitos e obrigações. A afinidade tem origem na lei e se constitui quando do **casamento** ou da **união estável** e vincula o cônjuge e o companheiro aos parentes do outro. A afinidade associava-se apenas ao casamento, mas, com a constitucionalização da união estável, a lei estendeu-lhe os vínculos de afinidade (CC 1.595): *Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.*

No casamento é fácil identificar quando tem início a relação de afinidade: na celebração do **matrimônio**. A dificuldade é estabelecer o **termo inicial** do vínculo de afinidade em se tratando de união estável. Como se trata de entidade familiar que se constitui com o passar do tempo, é necessário um estágio de convivência e o atendimento aos pressupostos legais (CC 1.723) para o seu reconhecimento.[19] Assim, se é difícil a identificação do momento em que se constitui a união estável, não é fácil saber o momento em que nasce o vínculo de afinidade.

Os parentes afins não são iguais e nem são equiparados aos parentes consanguíneos, mas existe certa **simetria** no que diz com linhas, graus e espécies. Basta projetar o parentesco comum ou civil no espelho para se ter a disciplina do parentesco por afinidade.[20] O vínculo que se estabelece é tanto em linha reta como colateral. A afinidade em **linha reta** não tem limite de grau (sogro, nora, genro) e se **mantém** mesmo com a dissolução do casamento e da união

estável (CC 1.595 § 2.º). A **afinidade** também comporta duas linhas - a linha reta e a linha colateral -, e conta-se do mesmo modo. Na **linha colateral**, a afinidade não passa do segundo grau e se restringe aos **cunhados**. Esse vínculo só existe durante a vigência da união matrimonial ou estável. Solvida a entidade familiar, desaparece a afinidade entre os colaterais.

O vínculo de afinidade se estabelece também com relação aos **filhos** de um dos cônjuges ou companheiros. Assim, o filho de um passa a ser filho por afinidade do seu cônjuge ou parceiro. Na ausência de melhor nome, costuma-se chamar de **padrasto ou madrasta** e **enteado** os parentes afins de primeiro grau em linha reta.

O padrasto ou a madrasta podem adotar o enteado. É o que se chama de **adoção unilateral**. Uma das hipóteses em que o adotante não se submete ao malfadado cadastro (ECA § 13 I). A lei também admite ao enteado a adoção do **nome** do padrasto ou madrasta, mas sem excluir o vínculo parental anterior (LRP 57 § 8º). Vem a jurisprudência reconhecendo a constituição de uma filiação socioafetiva com a imputação de **obrigação alimentar** ao padrasto.

Dissolvido o casamento ou a união estável, o vínculo de afinidade não se dissolve integralmente. Permanece com relação aos parentes em **linha reta**. Nem a morte solve o vínculo de afinidade. Ou seja, não existe "ex-sogro", "ex-sogra" ou "ex-enteado". Persistindo o vínculo de parentesco, permanece o **impedimento matrimonial** entre eles. Já com relação aos demais, não há qualquer óbice. Logo, nada impede o casamento com irmãos, tios, sobrinhos ou primos do ex-cônjuge ou ex-companheiro. A afinidade é de ordem pessoal, não se ampliando além dos limites traçados na lei. Assim, não se vinculam os parentes dos cônjuges e companheiros. Os afins dos cônjuges não são afins entre si, porque afinidade não gera afinidade.[21] Portanto, os sogros não são parentes entre si. Não há impedimento de

qualquer ordem, nem para o casamento, de modo que os pais de um casal podem contrair matrimônio.

O viúvo, o divorciado ou o ex-companheiro não pode casar nem com os pais nem com os filhos do ex-cônjuge ou ex-companheiro (CC 1.521 II). O vínculo de afinidade tem por fito muito mais o estabelecimento de impedimentos de ordem moral, para evitar a aquisição de algum direito ou vantagem em face da aproximação afetiva que ocorre entre as famílias.[22]

Solvido o casamento ou a união estável, impositiva a fixação do **direito de visita** dos avós aos netos, direito agora reconhecido legalmente.[23] Afinal, o vínculo de afinidade não se rompe.

Apesar da falta de previsão legal, não há por que vetar o direito de visita entre tios e sobrinhos. Mais do que cabível, é recomendável assegurar a visitação, quando comprovado que atende aos interesses do infante o contato com quem mantém vínculos afetivos. A preocupação atual é com o bom desenvolvimento e bem-estar de crianças e adolescentes, revelando-se saudável a convivência familiar.

21.4. Obrigação alimentar

Uma das finalidades da perfeita identificação dos vínculos de parentesco não é só garantir direitos. É também atribuir obrigações. A obrigação alimentar é imposta a todos os parentes. A lei é enfática e reafirma essa responsabilidade: *podem os parentes*(...) (CC 1.694); *se o parente*(...) (CC 1.698).

Como o parentesco em **linha reta** é infinito, também o é a obrigação alimentar. Pais, filhos, avós, netos etc. têm obrigação alimentar de uns para com os outros. O parentesco na **linha colateral** vai até o quarto grau, e a obrigação alimentar se estende além dos irmãos, alcançando tios, sobrinhos, tios-avós, sobrinhos-netos e

primos. Há resistência da doutrina em face da explicitação feita pela lei, com relação ao dever de alimentos dos irmãos germanos e unilaterais (CC 1.697). Porém, como o direito hereditário alcança todos os graus de parentesco (CC 1.829), difícil é não atribuir obrigação alimentar em favor de quem é herdeiro. É atribuir direito a quem não é imposta obrigação. Quem é herdeiro de alguém deve ter obrigação, ao menos, de garantir-lhe a subsistência.

Dissolvido o casamento ou a união estável, não se extingue o parentesco por **afinidade** na linha reta (CC 1.595 § 2.º). Ora, se subsiste o vínculo de parentesco por afinidade, para além do fim do **casamento** e da **união estável**, a obrigação alimentar também deve permanecer. Dissolvido o relacionamento, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Portanto, não dispondo o ex-cônjuge ou o ex-companheiro de condições de alcançar alimentos a quem saiu do relacionamento sem condições de prover o próprio sustento, os primeiros convocados são os parentes consanguíneos. Na impossibilidade de estes prestarem algum auxílio, pela permanência do vínculo de afinidade, que tem por base a **solidariedade familiar**, é de se reconhecer a responsabilidade alimentar subsidiária e de caráter complementar dos parentes por afinidade. Claro que a tese não tem o respaldo da doutrina e não vinga na justiça.

Como o vínculo permanece mesmo depois de solvidos os laços de convivência, vem a justiça reconhecendo a **obrigação alimentar** do padrasto para com o enteado. De qualquer forma, quando se passa a falar em **paternidade alimentar**,[24] é de se repensar a obrigação decorrente da paternidade afetiva também do genitor por afinidade.

Leitura complementar

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 9, p. 25-34, abr.-maio 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

1

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 26.

2

Arnoldo Wald, Direito de família, 36.

3

Waldyr Grisard Filho, Famílias reconstituídas..., 66.

4

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 107.

5

Idem, 118.

6

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 289.

7

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 26.

8

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 37.

9

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 16.

10

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 118.

11

Sérgio Gischkow Pereira, Direito de família, 86.

12

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 290.

13

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, A filiação socioafetiva no direito brasileiro..., 64.

14

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 17.

15

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 199.

16

Idem, 199.

17

Cláudio Grande Jr., A inconstitucional discriminação entre irmãos..., 86.

18

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 45.

19

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 36.

20

Cristiano Chavesde Farias, A família parental, 269.

21

[21] Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 272.

22

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 35.

23

L 12.398/11.

24

Rolf Madaleno, Paternidade alimentar, 195.

22. FILIAÇÃO

SUMÁRIO: 22.1 Filiação e reconhecimento dos filhos - 22.2 Visão histórica - 22.3 Tentativa conceitual - 22.4 Planejamento familiar - 22.5 Presunções da paternidade - 22.6 Estado de filiação e origem genética: 22.6.1 Biológica; 22.6.2 Registral - 22.7 Reprodução assistida: 22.7.1 Homóloga; 22.7.2 Heteróloga; 22.7.3 Gestação por substituição - 22.8 Posse do estado de filho - 22.9 Socioafetiva - 22.10 Homoparental - 22.11 Pluriparental ou multiparental - Leitura complementar.

Referências legais: CF 199 § 4.º, 226 § 7.º, 227 § 1.º I; CC 1.596 a 1.606; CP 242; L 11.105/05; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 50 a 66; L 7.841/89; L 9.263/96; D 5.591/05; L 11.935/09; Lei 13.112, de 30/03/2015; Res. 2.121/15, do CFM (Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida).

22.1. Filiação e reconhecimento dos filhos

Ainda que por vedação constitucional não mais seja possível qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de **casamento** e os nascidos **fora do casamento** dos pais. O capítulo intitulado "Da filiação" (CC 1.596 a 1.606) cuida dos filhos nascidos na constância do casamento, enquanto os filhos extramatrimoniais estão no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (CC 1.607 a 1.617). A diferenciação advém do fato de, absurdamente, o legislador ainda fazer uso de **presunções** de paternidade. Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da tentativa de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a quem não é o pai simplesmente para a mantença da estrutura familiar.

A família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de **família legítima**. É desprezada a **verdade biológica** e gerada uma **paternidade jurídica**, por presunção, independente da verdade real. Para a biologia, pai é unicamente quem, em uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho. Para o direito, o conceito sempre foi diverso. Pai é o marido da mãe. A ciência jurídica conforma-se com a paternidade calcada na *moral familiar*.[1]

Até o advento da **Constituição Federal**, que proibiu designações discriminatórias relativas à filiação, filho era exclusivamente o ser nascido 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher, ou 300 dias depois do fim do relacionamento. Essas presunções buscavam prestigiar a família, único reduto em que era aceita a procriação. A partir do **Código Civil**, a presunção de paternidade não é exclusivamente da filiação biológica. Decorre também - e de forma absoluta - da **reprodução heteróloga**.

Ainda que a lei fale em **constância do casamento**, a presunção de paternidade e de maternidade - se é que merece persistir - precisa existir também na **união estável**. A única diferença é que, com a celebração do casamento, há a prova pré-constituída da convivência. Assim, qualquer dos pais pode proceder ao **registro** de nascimento do filho em nome de **ambos os genitores**. Para isso, basta apresentar a **certidão de casamento** e a Declaração de Nascido Vivo. Na união estável, tal não é possível, mesmo que exista alguma prova de sua existência, como sentença judicial ou até o certificado do casamento religioso que comprove a convivência dos pais. Por isso, para o registro do filho se faz necessária a presença de ambos perante o registrador.

22.2. Visão histórica

A necessidade de **preservação do núcleo familiar** - leia-se, preservação do patrimônio da família - autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos e adulterinos. Essa **classificação** tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, se os genitores eram ou não casados entre si. Ou seja, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência. Basta lembrar o que estabelecia o Código Civil de 1916, em sua redação originária (358): *os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.* Clóvis Beviláqua alertava: *a falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do* ***incesto*** *e do* ***adultério****, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas.*[2]

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério - que à época era crime -, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhe direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais.[3] O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai. Prevaleciam os interesses da instituição matrimônio.[4]

O advento de duas normas, nos anos de 1942[5] e 1949,[6] autorizou o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, mas somente após a **dissolução do casamento do genitor**. O máximo a que se chegou foi conceder o direito de investigar a paternidade para o fim único de buscar **alimentos**, tramitando a ação em segredo de justiça. Ainda assim, tais filhos eram registrados como filhos ilegítimos e só tinham direito, a título de amparo social, à **metade da herança** que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

Foi a **Lei do Divórcio** que garantiu a todos os filhos o direito à **herança** em igualdade de condições. Admitiu a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do casamento exclusivamente por **testamento cerrado**. Criou uma estranha eficácia à ação investigatória de paternidade movida contra o genitor casado: o único efeito da sentença era quanto aos alimentos. Somente depois de dissolvido o casamento do pai tornava-se possível o registro do filho. Não era necessária a propositura de nova ação investigatória, mas terceiros interessados tinham o direito de impugnar a filiação. Essa artificiosa construção, além de sujeitar o conteúdo declaratório da sentença a uma condição suspensiva (o fim do casamento), lhe subtraía a segurança da coisa julgada ao admitir impugnações de "terceiros interessados". Sabe-se lá a quem era reconhecida legitimidade para tal.

A vedação de reconhecimento dos filhos ilegítimos foi alvo de progressivos abrandamentos, e só foi derrubada pela **Constituição Federal** que proibiu tratamento discriminatório quanto à filiação, o que ensejou a revogação do dispositivo do Código Civil que negava reconhecimento aos filhos espúrios.[7]

O **Código Civil** insiste em manter **presunções de paternidade**, inclusive nas hipóteses de inseminação artificial. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por **fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido, e ainda que se trate de embriões excedentários (CC 1.597 III e IV).

Igualmente, é ficta a filiação nas hipóteses de **inseminação artificial heteróloga**, desde que tenha havido prévia autorização do marido (CC 1.597 V).

Com estas mudanças de paradigma, a filiação é estabelecida pelo fato do nascimento. Pouco importa se a concepção foi lícita, se decorreu de relacionamento ético ou não. Basta atentar que o filho fruto de **relação incestuosa**, é filho para todos os efeitos legais.

22.3. Tentativa conceitual

A absoluta impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo - eis que necessita de cuidados especiais por longo período - gera um **elo de dependência** a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e o pleno desenvolvimento. Daí a imprescindibilidade da família, que se torna seu ponto de identificação social.

A Constituição alargou o conceito de entidade familiar, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo **casamento**, mas também à **união estável** e à **família monoparental**, assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole. A jurisprudência vem se encarregando de enlaçar no conceito de família outras estruturas de convívio, como a **união homoafetiva**. Os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a **concepção** não mais decorra exclusivamente do **contato sexual**. Com isso a origem genética deixou de ser determinante para a definição do vínculo de filiação.

A ordem jurídica consagra como fundamental o direito à **convivência familiar**, adotando a **doutrina da proteção integral**. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos

nascidos ou não da relação de casamento e aos havidos por adoção (CF 227 § 6.º).

Todas essas mudanças se refletem na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de **novos conceitos** e de uma **nova linguagem** que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Ditas expressões nada mais significam do que o reconhecimento, também no campo da parentalidade, do mais significativo elemento estruturante do direito das famílias. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença de um **vínculo afetivo** paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, compreendendo o **parentesco psicológico**, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, ser biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.[8]

A **desbiologização da paternidade** - expressão cunhada por João Batista Villela - identifica pais e filhos não biológicos, não consanguíneos, mas que construíram uma **filiação psicológica**. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.[9] Toda paternidade é necessariamente **socioafetiva**. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é **gênero** do qual são **espécies** a paternidade biológica e a paternidade não biológica.[10]. Os arranjos parentais privilegiam o vínculo da afetividade. Como afirma José Fernando Simão, o afeto venceu o DNA: a realidade afetiva prevalece sobre a biológica.[11]

No atual estágio da sociedade, não mais interessa a **origem** da filiação. Popularizaram os métodos de reprodução assistida

homóloga e heteróloga, a doação de óvulos e espermatozoides, a gravidez por substituição. E isso sem falar ainda na clonagem humana. Ditos avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação. A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem.[12]

A **identificação dos vínculos de parentalidade** não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. A acessibilidade dos métodos reprodutivos permite a qualquer pessoa realizar o sonho de ter filhos. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo fazer sexo com alguém. Não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Nem dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Ao final, todas tornam-se mães, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa. Porém, se a mãe gestacional for casada, surge a presunção de que seu marido é o pai.

A **posse de estado de filho** é que gera o vínculo de parentesco e impõe as responsabilidades decorrentes do **poder familiar**. Neste sentido enunciado do IBDFAM.[13] O parentesco deixou de manter, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo. Basta lembrar a adoção, a fecundação heteróloga e a filiação socioafetiva. A disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os pilares constitucionalmente fixados: a plena igualdade entre filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral.[14]

Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: (a) **critério jurídico** - previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não

com a realidade (CC 1.597); (b) **critério biológico** - é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; e (c) **critério socioafetivo** - fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.[15]

O Código Civil (1.596) repete a norma constitucional (227 § 6.º): *os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. Esses dispositivos se limitam a equiparar a filiação **adotiva** à filiação **consanguínea**, olvidando as filiações "de outra origem" (CC 1.593). Tanto a filiação decorrente da fecundação **heteróloga**, como a filiação **socioafetiva**, igualmente, geram **vínculo de parentesco** e são merecedoras dos mesmos direitos.[16]

Em face desse verdadeiro caleidoscópio de situações, cabe o questionamento feito por Rodrigo da Cunha Pereira: *podemos definir o pai como o genitor, o marido oucompanheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome?*[17] A resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência.

Imperioso encontrar **novos referenciais**, pois não mais cabe buscar na verdade jurídica ou na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares. A coincidência genética deixou de ser fundamental. Neste sentido o enunciado aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça.[18] A **paternidade** não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de **opção**, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva.[19]

22.4. Planejamento familiar

Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre (CF 226 § 7.º), não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições. O acesso aos modernos métodos de **reprodução assistida** é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa realização do sonho da filiação. O tema da inseminação artificial e da engenharia genética encontra embasamento nesse preceito. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva.[20] Assim, distúrbios da função procriativa constituem problema de saúde pública, devendo o Estado garantir acesso a tratamento de esterilidade e reprodução.[21]

O planejamento familiar é singelamente referido no Código Civil (1.565 § 2.º). Encontra-se regulamentado na L 9.263/96, que assegura a todo **cidadão** - não só ao casal - o planejamento familiar, que inclui métodos e técnicas de concepção e de contracepção. De forma injustificável, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges (10 § 6.º) exigência que não existe na união estável. Além da disparidade e tratamento, fere o princípio da autonomia da vontade fazer com que um do par precise da concordância do outro.

O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.[22]

Os **planos de saúde** e seguros privados de saúde estão obrigados a dar cobertura aos casos de planejamento familiar (L 9.656/98 art. 35-C III).

O Conselho Federal de Medicinal regulamenta o uso das técnicas de reprodução assistida.[23]

22.5. Presunções da paternidade

No afã de livrar-se do dever de dar proteção a todos os cidadãos - principalmente a crianças e adolescentes - cria o Estado mecanismos para que os filhos integrem estruturas familiares. Por isso a família é considerada a base da sociedade e recebe especial proteção. Tentando emprestar-lhe estabilidade, a lei gera um sistema de reconhecimento da filiação por meio de **presunções**: deduções que se tiram de um fato certo para provar um fato desconhecido.[24]

Independentemente da **verdade biológica**, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos. Trata-se de presunção tão antiga que é identificada por uma expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant*.[25] Ou seja, qualquer que seja origem, o filho é do marido; certeza que induz (presume, pressupõe) a segurança para aqueles a quem se transferirá a propriedade privada em caso de sucessão. A doutrina do início do século identificava nessa regra (que, em verdade, institui juridicamente que a mulher jamais será infiel) a separação entre a família jurídica e a família natural.[26]

Essa verdade legal tem uma função pacificadora, pois visa a eliminar a incerteza do marido em relação aos filhos de sua esposa. Pai é aquele que o sistema jurídico define. A **filiação matrimonial** decorre de uma ficção jurídica: o pai sempre é o marido da mãe. Desse modo, os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade.[27] O momento da concepção define a filiação, certifica a paternidade e os direitos e deveres decorrentes.[28]

Mas o que a lei presume, de fato, nem é o estado de filiação, é a **fidelidade** da esposa ao seu marido. Com base no "dever" de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade "efetiva", é que se formou a regra *pater est*.[29] Presumida a fidelidade da mulher, a paternidade torna-se certa.[30] Com isso regula-se o nascimento de sucessores do patrimônio familiar. Há justificativas históricas para essa certeza. A mulher era obrigada a casar virgem, não podia trabalhar, ficava confinada no lar cuidando do marido, a quem devia respeito e obediência. Claro que os seus filhos só podiam ser filhos do marido!

De forma absolutamente injustificada a lei não estende a presunção de paternidade à **união estável**. Tal leva boa parte da doutrina a afirmar que a presunção *pater est* só existe no casamento. Talvez por isso não seja imposto o dever de fidelidade aos conviventes, somente o dever de **lealdade** (CC 1.724). A diferenciação é de todo desarrazoada. Se a presunção é de contato sexual exclusivo durante o casamento, esta mesma presunção existe na união estável. Cabe um exemplo. Falecendo o genitor durante a gravidez, ou antes de ter registrado o filho, esse teria de intentar **ação declaratória de paternidade**. A demanda precisaria ser proposta pelo filho representado pela mãe e, no polo passivo, teria de figurar sua mãe, na condição de representante da sucessão. A saída seria nomear um curador ao autor para iniciar uma ação que pode durar anos. Enquanto isso, o filho ficaria sem identidade. Claro que a melhor solução é admitir a presunção da filiação também na união estável. Assim, ainda que a referência legal seja à **constância do casamento**, a presunção de filiação, de paternidade e de maternidade deve aplicar-se à união estável.[31] Neste sentido manifestou-se o STJ.[32]

O **estado de certeza** decorrente de mera presunção da paternidade leva ao estabelecimento de prazos para aquém e para além da constância do casamento. Como entre a concepção e o nascimento decorre um período de tempo de cerca de nove meses, não

descuidou o legislador de tal fato. São reconhecidas como concebidas na constância do casamento as crianças nascidas pelo menos **180 dias** (6 meses) depois da **celebração do matrimônio** (CC 1.597 I). Igualmente o vínculo de filiação é estendido para além do fim do casamento. Presume-se filho do casal, se o nascimento ocorreu até **300 dias** (10 meses) subsequentes à dissolução da sociedade conjugal (CC 1.597 II). Buscando afastar qualquer dúvida quanto ao vínculo da paternidade, são estabelecidos limites que não correspondem às médias fixadas pela ciência.[33]

A lei estabelece como marco para a contagem do prazo a **dissolução da sociedade conjugal**. Ora, o que tem o condão de dissolver o casamento é a morte, a anulação do casamento e o divórcio, mas só a **morte** pode estabelecer o termo inicial do referido prazo. Nas demais hipóteses há a necessidade de um provimento estatal. Mas o fim da convivência não ocorre quando do **trânsito em julgado** da sentença que anulou o casamento ou decretou o divórcio. Este não pode ser esse o marco para começar a fluir o prazo para definir a paternidade por presunção. É a **separação de fato** que sinaliza o fim da convivência ou, ao menos, gera a presunção da ausência de contatos sexuais e a possibilidade de ocorrência de gravidez. Aliás, é em razão da presunção de paternidade que a lei só admite o novo casamento da mulher após 10 meses da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal (CC 1.523 II). Exclusivamente no caso de nascimento do filho, ou mediante a prova da inexistência da gravidez, pode ser dispensado o prazo (CC 1.523 parágrafo único).

Ocorrendo o casamento em período anterior, se o filho nascer antes de 300 dias, presume-se que o pai é o primeiro marido. Se nascer depois desse prazo, será considerado filho do novo cônjuge (CC 1.598). A matemática legal olvida-se de que há a possibilidade de, acabada a convivência, constituir a mulher união estável. Como o lapso da presunção (10 meses) é superior ao período médio da gravidez (9 meses), está mais do que na hora de este critério ser abandonado.

A **inseminação artificial** gera a condição de filho por ficção legal. Principalmente em se tratando de **embriões excedentários**, vão por terra todos estes prazos. Assim, mesmo já existindo **modernas tecnologias** que permitem, com exatidão quase absoluta, a identificação do exame de DNA, nada mais justifica a insistência da lei em identificar filhos por meio de presunções.

Tratando-se de inseminação artificial **heteróloga**, a presunção de paternidade é absoluta e baseada exclusivamente na verdade afetiva. É reconhecida a filiação mesmo diante da certeza da inexistência do vínculo biológico. Como é utilizado material genético de doador anônimo, a verdade real deixou de ser pressuposto para o estabelecimento da paternidade.

A prova da **impotência do varão**, à época da concepção, fulmina a presunção de paternidade (CC 1.599). Tal dispositivo não dispõe de qualquer razão de ser. Modernas técnicas afastam cada vez mais a infertilidade e, no mundo pós-moderno, é descabido falar em impotência.[34] Toda a discussão sobre a alegação - ou até mesmo a prova - da impotência, quer para a **mantença de relações sexuais** (impotência *coeundi*), quer para **procriar** (impotência *generandi*), acaba se esvaziando. O exame de DNA traz grande dose de certeza. O seu resultado - quer positivo, quer negativo - praticamente não deixa espaço para maiores controvérsias. Assim, não tem sentido dita exceção à presunção legal da paternidade. Para excluir o pai presumido, não é necessária a prova de sua incapacidade procriativa, mas a prova da ausência do vínculo consanguíneo, já tão fácil de ser obtida por meio pericial.

Resiste a lei em superar as presunções que estabelece. Mesmo que a filiação decorra de mera presunção, não a afasta nem a **confissão** de **adultério da esposa** (CC 1.600). Não se pode deixar de reconhecer que se trata de regra de flagrante inconstitucionalidade, pois desatende ao princípio da isonomia, além de revelar injustificável conservadorismo e preconceito: simplesmente ignora a

confissão de alguém pela sua condição de mulher. Aliás, trata-se de regra de todo dispensável, até porque a lei de processo - à qual compete regular o valor das provas - nega validade à confissão nessa espécie de demanda (CPC 392): *não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis*.

22.6. Estado de filiação e origem genética

De um lado existe a verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um **liame consanguíneo** entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.[35]

Essas realidades não se confundem e nem conflitam. O direito de conhecer a ascendência familiar é um dos atributos do **direito de personalidade**: direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em uma relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica.[36] Essa distinção começou a ser feita a partir do surgimento do exame do DNA que permite identificar, de forma segura e nada invasiva, a verdade biológica.

Filiação é um **conceito relacional**: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres.[37] Na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, a paternidade se faz, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, tem a natureza de se deixar construir.[38] Essa realidade corresponde ao que se costuma chamar de **posse de estado de filho**.

Esta noção não se estabelece com o nascimento, mas por ato de vontade, que se sedimenta no terreno da **afetividade**, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.[39]

A partir do momento em que a filiação afetiva passou a prevalecer sobre a biológica, nas demandas envolvendo os vínculos de filiação a **causa de pedir** tornou-se complexa.[40] Além da prova da verdade genética é necessária a comprovação da inexistência da filiação afetiva. Ao autor não basta provar que o réu é seu pai biológico. Para o reconhecimento da paternidade é necessário comprovar que não tem vínculo de filiação socioafetiva. De outro lado, em sede de contestação, há mais uma causa extintiva do direito do autor, que pode ser alegada pelo réu: a existência do vínculo afetivo do investigante com outrem, a inviabilizar o reconhecimento da filiação biológica.

22.6.1. Biológica

Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é à verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade **real**, sendo assim considerada a filiação decorrente do vínculo de **consanguinidade**. Mas alguns fenômenos romperam o princípio da origem biológica dos vínculos de parentalidade, que a lei consagra, a doutrina sempre sustentou e a jurisprudência vinha acolhendo.

O primeiro foi ter deixado a família de se identificar pelo **casamento**. No momento em que se admitiram entidades familiares não constituídas pelo matrimônio, passou-se a reconhecer a **afetividade** como elemento constitutivo da família. Essa mudança de paradigma não se limitou ao âmbito das relações familiares. Refletiu-se também nas relações de **filiação**. Com isso o **estado de filiação** desligou-se da verdade genética, relativizando-se o papel fundador da origem biológica. Como diz Paulo Lôbo, na realidade da vida, o

estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar.[41]

Outro acontecimento que produziu reflexos significativos nos vínculos parentais foi o avanço científico, que culminou com a descoberta dos **marcadores genéticos**. A possibilidade de identificar a filiação biológica por meio de singelo exame do DNA desencadeou verdadeira corrida ao Judiciário, na busca da "verdade real".

Por derradeiro, outra descoberta científica: o surgimento das **técnicas de reprodução assistida.** A possibilidade da gestação por substituição, por meio do uso de material genético de diferentes pessoas, pluralizou o próprio conceito de filiação. Existe mãe gestacional e mãe biológica. A doação anônima de material genético livrou os genitores da responsabilidade parentais.

Esse feixe de novidades provocaram consequências paradoxais. Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto é assim que foi construída a diferença entre pai e genitor. **Pai** é o que cria, o que dá amor, e **genitor** é somente o que gera. Se, durante muito tempo - por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos -, confundiam-se essas duas figuras, hoje é possível identificá-las em pessoas distintas.

22.6.2. Registral

Com o registro de nascimento constitui-se a parentalidade registral (CC 1.603), que goza de presunção de veracidade (CC 1.604). Prestigia a lei o **registro de nascimento** como meio de prova da filiação. O registro faz público o nascimento, tornando-o incontestável.[42] No entanto, essa não é a única forma de reconhecimento voluntário da paternidade. A **escritura pública**, o **escrito particular**, o **testamento** e a **declaração** manifestada perante o juiz também

comprovam a filiação (CC 1.609). Trata-se de ato voluntário, que gera os deveres decorrentes do poder familiar.

Embora o valor do liame registral, hoje, seja inferior ao valor do liame socioafetivo, ainda é a principal fonte de direitos e deveres: gera dever de alimentos e de mútua assistência, alicerça o direito sucessório e as limitações legais que regulam os atos jurídicos entre ascendentes e descendentes.[43]

Aquele que comparece perante o oficial do Registro Civil e se declara pai de um recém-nascido assim é considerado para todos os efeitos legais. Em face da **presunção da paternidade** dos filhos nascidos durante o casamento (CC 1.597), basta um dos pais, munido da certidão de casamento e da Declaração de Nascido Vivo, comparecer à serventia registral, com duas testemunhas, para ser lavrado o assento de nascimento. Caso os genitores não sejam casados, é necessária a presença de ambos no ato do registro. Comparecendo somente a mãe, se ela declinar o nome do pai, poderá se desencadear procedimento administrativo oficioso da paternidade (L 8.560/92).

O registro apenas pode ser invalidado se houver **erro ou falsidade** (CC 1.604). Ainda assim, para haver a desconstituição da filiação é necessária a prova da inexistência do vínculo socioafetivo.[44] Porém, o impedimento à busca de estado contrário ao que consta do registro não obstaculiza o direito fundamental de conhecer a origem genética. Trata-se de direito **imprescritível** (ECA 27). A só existência do registro não pode limitar o exercício do direito de buscar, a qualquer tempo, o reconhecimento da paternidade (CC 1.614). Assim, mesmo quem é registrado como filho de alguém não está inibido de intentar **ação** declaratória **de paternidade** para conhecer sua ascendência biológica.

A difundida prática de proceder ao registro de filho como próprio, e que passou a ser nominada de "adoção à brasileira", não configura

erro ou falsidade susceptível de ser anulada. Não cabe a alegação de erro quando a paternidade foi assumida de forma livre e voluntária.[45] Enunciado das Jornadas de Direito Civil diz que o fato jurídico do nascimento compreende também a filiação socioafetiva.[46]

Em sede de filiação prestigia-se o **princípio da aparência**. Assim, na inexistência de registro ou defeito do termo de nascimento (CC 1.605), prevalece a **posse do estado de filho**, que se revela pela convivência familiar.

22.7. Reprodução assistida

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. Tudo mudou, mas a legislação ainda reproduz este modelo.

A enorme evolução - verdadeira revolução - ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas de reprodução medicamente assistidas. Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à **vontade**, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação.[47] Ainda assim, presume a lei como concebidos na constância do casamento os filhos (CC 1.597): III - *havidospor**fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido*; IV - *havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de **embriões excedentários**, decorrentes de concepção artificial homóloga*; e V - *havidos por **inseminação artificial heteróloga**, desde que tenha prévia autorização do marido*. Tímida foi a incursão do legislador, estabelecendo presunções de filiação somente nas hipóteses de **inseminação artificial**. Regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente

amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial.[48]

As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" nada mais são do que **técnicas de reprodução assistida**.[49] São utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de **reprodução assistida**.[50] Permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico.[51]

Chama-se de concepção **homóloga** a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação **heteróloga**, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal.

O Conselho Federal de Medicina[52] regulamenta o uso destas técnicas e expressamente admite que sejam utilizadas por **casais homoafetivos**, caso em que não se exige a comprovação da esterilidade, uma vez que a infertilidade decorre da orientação sexual do casal. Enunciado do Conselho Nacional de Justiça admite o duplo registro.[53]

Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados, são chamados de **embriões excedentários**. De modo geral, no procedimento de fertilização são gerados vários embriões, e levadas a efeito diversas tentativas de concepção. Os embriões descartados e não utilizados permanecem armazenados na clínica que realiza o procedimento. As questões referentes aos

embriões excedentários podem gerar delicados problemas sobre direito de personalidade, havendo o risco de serem reconhecidos como **nascituros** e sujeitos de direitos. Persiste acirrada a polêmica no âmbito da bioética e do biodireito. As controvérsias continuam, mesmo com a aprovação da Lei de Biossegurança (L 11.105/05). Ainda que seja permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de **células-tronco embrionárias** produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas no prazo de três anos depois do congelamento, é necessário o consentimento dos genitores, que nem sempre é colhida.

22.7.1. Homóloga

Na fecundação artificial homóloga, não há necessidade de autorização do marido. Claro que, quando a lei fala em marido, leia-se: "marido ou companheiro". O filho gerado é dele, que assume todos os encargos decorrentes do poder familiar.

O vínculo de paternidade se estabelece ainda que falecido o genitor. No entanto, quando ocorre o seu falecimento, a expressão legal "mesmo que falecido o marido" tem dado margem a inúmeros debates e discussões. Diz Guilherme Calmon Nogueira da Gama que permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada.[54] A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la. Nesta hipótese o filho será registrado como seu e terá direito sucessório.

Sem autorização expressa, os embriões devem ser **eliminados**, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto.[55] é necessário respeitar o princípio da **autonomia da vontade**. Resolução do Conselho Federal de Medicina exige a

autorização prévia específica do falecido. [56] A viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança.[57]

Com referência aos **direitos sucessórios**, é necessário atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC 1.784 e 1.787). A capacidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O **filho concebido** tem direito à sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial. Legitimam-se a suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, até porque a lei põe a salvo os direitos do **nascituro** a partir da concepção (CC 2.º). Mas o que se discute é se o embrião fecundado no laboratório, e que aguarda, *in vitro*, a implantação no ventre materno, já se entende como **sujeito de direito**. Isto é, se o embrião ainda não implantado, chamado de **pré-implantatório**, tem direito de personalidade e direito à sucessão. No momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro, não há ainda sequer embrião.[58]

O tema se encontra longe de estar pacificado. Há quem sustente que a lei, ao falar em "pessoa já concebida", não distingue o *locus* da concepção e não impõe que esteja implantado, exigindo apenas e tão somente a concepção.[59] No entanto, outros afirmam que não há como deixar de reconhecer que a concepção a ser protegida é quando o embrião já se encontra implantado no aparelho reprodutor da mãe. Somente a partir desse instante passam a ser resguardados seus direitos potenciais de nascituro.[60] Afinal, nascituro significa "o que há de nascer". Antes da implantação o embrião excedentário não tem qualquer possibilidade de nascer, não sendo razoável considerá-lo como **nascituro** antes da transferência para o útero.

Isso seria verdadeira instrumentalização do ser embrionário, agravada na hipótese de eventuais vantagens patrimoniais.[61]

Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir que a legislação infraconstitucional restrinja o direito do filho assim concebido. Esta é a posição de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, que invoca ainda o princípio da liberdade e o direito ao planejamento familiar, ambos consagrados em sede constitucional. Com isso, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios. A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno.[62]

De qualquer sorte, há a possibilidade de o filho fruto de reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido, ser contemplado mediante **testamento** (CC 1.799 I). Basta que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800).

22.7.2. Heteróloga

A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido ou o companheiro manifestam expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa. O fornecedor do material genético é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal. É obrigatória a mantença do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores.[63] O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio.[64] A manifestação do cônjuge ou companheiro corresponde a uma **adoção antenatal**, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai.[65] Ao contrário das demais

hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não a filiação não pode ser impugnada. Trata-se de **presunção absoluta** de **paternidade socioafetiva**.[66]

A paternidade constitui-se desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável.[67] Quem consente não pode impugnar a filiação. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen.[68] Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico, e sequer precisa ser realizado o exame de DNA.

Depois da implantação do óvulo, o consentimento não admite **retratação**, pois já se encontra em andamento a gestação. No entanto, a autorização não pode ter duração infinita, cabendo figurar a hipótese de divórcio ou fim da união estável. Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher.

A presunção da paternidade, que subsiste mesmo após o falecimento do marido (CC 1.597 III), é dos temas que tem gerado infindáveis dissídios na doutrina. Há quem exija que a mulher, para submeter-se ao procedimento de fecundação, se mantenha no estado de viúva. Tal exigência é absurda, além de não trazer a certeza de que ela não mantém relações sexuais com alguém. Também é preconceituosa e desnecessária, em face da segurança que desfruta o exame de DNA.

Enunciado das Jornadas de Direito Civil estabelece a distinção entre adoção e reprodução heteróloga. Ambas atribuem a condição de filho, mas na adoção há o desligamento do adotado com os parentes consanguíneos, e na reprodução assistida sequer é estabelecido vínculo de parentesco com o doador do material genético.[69]

Ainda assim, algumas regras sobre a **adoção** cabem ser estendidas à procriação assistida heteróloga (ECA 41).[70]

Muito tem se questionado sobre a exigência do anonimato do doador, o que subtrai do filho o direito de conhecer sua ascendência genética. Assim, não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação **investigatória de paternidade** para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registrais.[71]

O fato de o doador do material genético ser conhecido não impede que ocorra o registro em nome de quem consentiu com o procedimento de inseminação.

22.7.3. Gestação por substituição

Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida **barriga dealuguel**. Porém, apesar do nome, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância (CF 199 § 4.º). Também é proibido gestar o filho alheio, mediante pagamento. A gestação por substituição seria um **negócio jurídico** de comportamento, compreendendo para a "mãe de aluguel" obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho.[72] Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria **nula**, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II). Também se poderia ver configurado **ilícito penal**, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242).

Apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser **remunerada** quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a

gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado.[73] De qualquer forma, nunca se questionou o fato de o procedimento de inseminação ser pago, e bem pago.

Resolução do Conselho Regional de Medicina[74] admite a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até o quarto grau (ou seja, até prima) da mãe genética. Apesar da omissão da norma regulamentadora, é de se admitir que também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) possam ceder o útero. De qualquer forma, sem significado dita limitação, até porque pode não existir tais parentes, o que exige uma solicitação ao Conselho Federal de Medicina ou até um pedido judicial, providências para lá de injustificadas.

A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater sempercerta est*,[75] que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como "mãe civil".[76] À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a *gestatriz é sempre certa*.[77]

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a Declaração de Nascido Vivo - DNV, está sendo assegurado o registro do filho diretamente no nome da mãe. Alguns tribunais têm expedido resoluções autorizando o registro em sede administrativa, sem a necessidade de demanda judicial.[78] Também há decisões determinando que a maternidade expeça a DNV não em nome de quem deu a luz, mas em nome de quem irá assumir a maternidade.[79]

Às claras que esta determinação judicial impõe que o hospital expeça um documento que não corresponde à veracidade, fato que pode gerar alguma espécie de resistência. Por isso a solução mais adequada é a Justiça determinar ao oficial do registro civil que proceda ao registro de nascimento, em nome de quem indicar, independente do nome que consta na DNV.

Quando a técnica procriativa é utilizada por **lésbicas**, de forma cada vez mais frequente, uma gesta o óvulo da companheira que foi fecundado em laboratório. Neste caso não há falar em gravidez por substituição, mas em **dupla maternidade**, cujo registro pode ser requerido diretamente junto ao Cartório do Registro Civil.[80]

22.8. Posse do estado de filho

Quando as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de **posse de estado**. Em se tratando de vínculo de filiação, quem assim se considera desfruta da posse de estado de filho, ou de **estado de filho afetivo**.[81] Fabíola Santos Albuquerque traz a noção de **posse de estado de pai**, que exprime reciprocidade com a posse de estado de filho: uma não existe sem a outra.[82] A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. A **tutela da aparência** acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe. Os vínculos de parentalidade fornecem grandes exemplos à **teoria da aparência**: *a paternidade se faz*, como diz Luiz Edson Fachin, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, *tem a natureza de se deixar construir*.[83] Essa realidade corresponde a uma aparente relação paterno-filial.

Infelizmente, o sistema jurídico não contempla, de modo expresso, a noção de posse de estado de filho, expressão forte e real

do nascimento psicológico, a caracterizar a **filiação afetiva**.[84] A noção de posse de estado não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.[85] A **filiação socioafetiva** assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida.[86] A afeição tem valor jurídico.[87] Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater est.* E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto.[88]

Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos: (a) *tractatus* - quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* - usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* - é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Confere-se à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória.[89]

22.9. Socioafetiva

A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui uma das modalidades de **parentesco civil** de "outra origem", previstas na lei (CC 1.593): origem afetiva. A filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e assegura o direito à filiação. A consagração da afetividade como direito fundamental subtrai a

resistência em admitir a igualdade entre a **filiação** biológica e a socioafetiva.[90]

A constância da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.[91] Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da **afetividade**. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai, desempenha a função de pai. É uma espécie de **adoção de fato**. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam.[92]

Em matéria de filiação, **a verdade real** é o fato de o filho gozar da **posse de estado**. Esta é a prova o vínculo parental. Não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai consanguíneo, tem o filho como seu. A filiação socioafetiva funda-se na **cláusula geral de tutela da personalidade humana**, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade. O princípio da **boa-fé objetiva** e a proibição de **comportamento contraditório** referendam o prestígio de que desfruta a filiação socioafetiva, que dispõe de um **viés ético**.[93]

A chamada **"adoção à brasileira"** também constituiu uma filiação socioafetiva. Registrar filho alheio como próprio configura **delito contra o estado de filiação** (CP 242), mas nem por isso deixa de produzir efeitos, não podendo gerar irresponsabilidades ou impunidades. Como foi o envolvimento afetivo que gerou a posse do

estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo de filiação que não pode ser desconstituído. Assim, se, depois do registro, separam-se os pais, nem por isso desaparece o vínculo de parentalidade. Não há como desconstituir o registro.

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes, segundo enunciado do IBDFAM. [94] O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é **menor de idade**, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se **maior**, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.[95]

O reconhecimento da filiação socioafetiva, em alguns Estados,[96] pode ser levada a efeito diretamente perante o **Cartório do Registro Civil**, sem a necessidade da propositura de ação judicial. É autorizado o **reconhecimento espontâneo** da filiação socioafetiva se não existe paternidade registral. Basta a anuência, por escrito, do filho maior de idade.

22.10. Homoparental

Apesar da ideologia da família patriarcal, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe. Não se pode fechar os olhos e acreditar que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de **capacidade reprodutiva**, simplesmente não têm filhos. Essas uniões, que passaram a ser chamadas de **homoafetivas**, constituem-se da mesma forma que as uniões heteroafetivas.

A situação mais recorrente é aquela em que o genitor que ficou com a guarda dos filhos assume sua orientação homossexual. Ele e seu **companheiro** passam a exercer de forma conjunta a **função parental**. Inquestionável que a convivência gera a **posse do estado de filho:** vínculo de afinidade e afetividade, requisitos para o reconhecimento da **filiação socioafetiva**. Aliás, este é o fundamento da chamada **adoção unilateral** (ECA 41 § 1.º), uma das hipóteses que dispensa o cadastramento do adotante (ECA 50 § 13 I). Não poderia ser diferente, sob pena de não se poder cobrar **responsabilidades** nem fazer valer quaisquer **direitos** com relação a quem, de fato, também exerce o poder familiar.

Vem a justiça **habilitando** o casal homoafetivo à **adoção** e o inserindo no Cadastro Nacional[97]

É cada vez mais comum homossexuais fazerem uso das técnicas de **reprodução assistida.** Nesta hipótese mais uma pessoa vai participar do processo procriativo, seja fornecendo material genético, seja cedendo o útero, na gestação por substituição. É a popularmente conhecida como **barriga de aluguel**, expressão politicamente incorreta porque tanto a doação de gametas ou embriões, como a doação temporária do útero não podem dispor de caráter lucrativo ou comercial. A proibição de pagamento é para lá de injustificável, até porque os médicos e as clínicas de fertilização são remunerados.

O Conselho Federal de Medicina expressamente autoriza o uso das técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos.[98] Como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao **registro dos filhos** no nome de ambos.[99] A justiça tem determinado que conste na Declaração de Nascido Vivo o nome dos dois pais e não o nome da gestante.[100]

Enunciado aprovado nas Jornadas de Direito Civil, admite o registro da filiação homoparental, fruto de reprodução, diretamente junto ao registro civil, condicionado à regulamentação pelos tribunais,[101] o que já vem ocorrendo.[102] Enunciado do IBDFAM excluiu tal exigência.[103] Os pedidos vêm sendo deferidos mesmo antes do nascimento, para garantir ao filho o direito à identidade e, aos pais, o direito de usufruir a **licença maternidade**. Em se tratando de pais do sexo masculino, indispensável que seja concedido, ao menos a um deles, a licença pelo prazo de quatro meses, e não somente de cinco dias.

Reconhecida a existência da filiação afetiva do filho concebido por inseminação artificial, por desejo de ambos os parceiros, no caso de separação do casal, persiste o **direito de convivência** do genitor mesmo que o nome dele não conste do registro de nascimento, mas com relação ao qual desfruta o filho da posse do estado.

22.11. Pluriparental ou multiparental

O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Se de um lado existe a verdade biológica, de outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares.

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. A pluriparentalidade é reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à afetividade. Já sinalizou o STJ que não pode passar despercebida pelo direito a coexistência de relações filiais ou a denominada

multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social.[104] Esta é a tendência da Justiça que vem admitindo o estabelecimento da filiação pluriparental quando o filho desfruta da posse de estado, mesmo quando não há a concordância da genitora.[105] Também na hipótese da adoção unilateral é possível o reconhecimento da multiparentalidade.[106]

No dizer de Belmiro Welter, não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, que fazem parte da trajetória da vida humana, é negar a existência tridimensional do ser humano, pelo que se devem manter incólumes as duas paternidades.[107]

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz com o respeito à dignidade e à afetividade.

Esta é uma realidade que a Justiça já começou a admitir. O direito de uma criança ou adolescente ter retratado em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social. Sua identificação no mundo é indissociável daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma.[108]

Decisões Brasil a afora passaram a determinar a inserção do nome de mais de um pai ou mais de uma mãe no registro de nascimento do filho.[109]

De outro lado, as possibilidades de concepção geneticamente assistidas contam com a participação de mais pessoas no processo reprodutivo. Quer os doadores de material genético, quer quem gesta em substituição e acaba por dar à luz, todos podem gerar vínculos

com a criança que nasce com sua interferência. Assim, não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. É possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de vários vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos.[110] Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória.[111] Neste sentido enunciado do IBDFAM.[112]

Cabe reconhecer a existência de **paternidade compartilhada** quando duas pessoas, movidas pelo desejo de ter filhos, fazem uma parceria. Concebem o filho que é registrado em nome de ambos, sem que eles mantenham qualquer vínculo de natureza amorosa ou sexual. É o que Rodrigo da Cunha Pereira chama de **família parental**, que não se confunde com a família conjugal. Inclusive é comum existirem sites em que homens e mulheres procuram alguém para compartilhar a paternidade e a maternidade.[113]

Leitura complementar

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Paternidades contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. Multiparentalidade: Uma realidade que a justiça começou a admitir. *Revista Juris Plenum*. Caxias do Sul: Plenum, n. 65, p. 13-20, 2015.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*:

filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Filiação e princípio da afetividade.* Disponível em: < http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php>. Acesso em: 13 jan 2014.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade:* a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito, 2012.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Redesenhando os contornos do direito de filiação: a incidência do afeto na composição da família contemporânea. *RevistaIBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun. p. 11-22.

1

Luís Paulo Cotrim Guimarães, A presunção da paternidade..., 366.

2

Clóvis Beviláqua, Código Civil comentado, 332.

3

Idem, ibidem.

4

Julie Cristine Delenski, O novo direito da filiação, 17.

5

Dec.-lei 4.737, de 24/09/1942.

6

L 883, de 21/10/1949.

7

L 7.841, de 17/10/1989.

8

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 91.

9

João Baptista Villela, Desbiologização da paternidade, 404.

10

Paulo Lôbo, Paternidade socioafetiva..., 795.

11

José Fernando Simão. Afetividade e responsabilidade, 46.

12

Heloisa Helena Barboza, A filiação em face da inseminação artificial..., 15.

13

Enunciado 7 do IBDFAM: A posse de estado de filho pode constituir a paternidade e maternidade.

14

Heloisa Helena Barboza, Direito à identidade genética, 382.

15

Idem, 381.

16

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 280.

17

Rodrigo da Cunha Pereira, Direito de família:..., 144.

18

Enunciado 39 do CNJ: O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

19

Julie Cristine Delenski, O novo direito da filiação, 12.

20

Flávia Piovesan, Temas de direitos humanos, 201.

21

Jussara Maria Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 394.

22

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 44.

23

CFM, Resolução 2.121/15.

24

Fernando Simas Filho, A prova na investigação de paternidade, 93.

25

Em tradução livre: pai é aquele que as núpcias demonstram.

26

Samir Namur, Autonomia privada para a constituição da família, 145.

27

Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 14.

28

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 48.

29

João Baptista Villela, O modelo constitucional da filiação:..., 128.

30

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. IX, 24.

31

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 59.

32

Recurso especial. *Nomen iuris*. Demanda. Princípio romano da *mihi factum dado tibi jus*. Aplicação. União estável. (...) Art. 1.597 do Código Civil. Presunção de concepção dos filhos na constância do casamento. Aplicação ao instituto da união estável. Necessidade. Esfera de proteção. Pai companheiro. Falecimento 239 (duzentos e trinta e nove dias) após o nascimento de sua filha. Paternidade. Declaração. Necessidade. Recurso especial provido. I - Desimporta o nomen iuris dado à demanda pois, na realidade, aplicar-se-á o adágio romano da mihi factum dado tibi jus. II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF 132-RJ, Rel. Min. Ayres Brito, *DJe* 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (art. 1.723 do CC), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação de filhos (art. 1.724 do CC), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC). (...) IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3.º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável do que se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do CC, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inc. II do art. 1.597 do CC, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3.º) e ao CC (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597 do CC ao regime de união estável. VII - Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06/11/2012).

33

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 48.

34

Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, 63.

35

Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:..., 153.

36

Idem, ibidem.

37

Idem, 135.

38

Luiz Edson Fachin, A tríplice paternidade dos filhos imaginários, 172.

39

Rolf Madaleno, Direito de família em pauta, 22.

40

Ação negatória de paternidade. Anulação de registro civil. Causa de pedir. Eventual inexistência de vínculo biológico. Vício de consentimento. Não evidenciado. Paternidade socioafetiva. Irrevogabilidade do reconhecimento. O reconhecimento de filho, mesmo não sendo eventualmente o pai biológico, realizado em registro de nascimento, é irrevogável, salvo comprovação de vício de vontade, cujo ônus probatório incumbe à parte interessada em anulá-lo. Não demonstrado vício formal ou material necessários à procedência do pedido, tampouco a ausência da paternidade socioafetiva, não há como desfazer, fundamentado na inexistência de eventual vínculo biológico, ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, notadamente à vista do direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. (TJMG, AC 1.0024.09.743205-8/001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Armando Freire, p. 26/02/2014).

41

Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:..., 135.

42

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 84.

43

Adalgisa Wiedemann Chaves, A tripla parentalidade..., 148.

44

Recurso especial. Direito civil. Ação declaratória de inexistência de parentesco proposta por irmão cumulada com nulidade de registro de nascimento e invalidade

de cláusula testamentária. Existência de paternidade socioafetiva. Exame de DNA. Possibilidade de recusa da filha sem o ônus da presunção em sentido contrário. Proteção à dignidade humana. Preservação de sua personalidade, de seu status jurídico de filha. (...) 2. Tratando-se especificamente do exame de DNA e a presunção advinda de sua recusa, deve-se examinar a questão sobre duas vertentes: i) se a negativa é do suposto pai ao exame de DNA ou II) se a recusa partiu do filho. Em quaisquer delas, além das nuances de cada caso em concreto (dilemas, histórias, provas e sua ausência), deverá haver uma ponderação dos interesses em disputa, harmonizando-os por meio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre se dando prevalência para aquele que conferir maior projeção à dignidade humana, haja vista ser "o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais". 3. Na hipótese, a recusa da recorrida em se submeter ao exame de DNA foi plenamente justificável pelas circunstâncias constantes dos autos, não havendo qualquer presunção negativa diante de seu comportamento. Isto porque, no conflito entre o interesse patrimonial do recorrente para reconhecimento da verdade biológica e a dignidade da recorrida em preservar sua personalidade - sua intimidade, identidade, seu status jurídico de filha -, bem como em respeito à memória e existência do falecido pai, deverá se dar primazia aos últimos. 4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que "em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. (REsp 1059214/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/02/2012, *DJe* 12/03/2012). 5. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.115.428/SP, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2013).

45

Ação negatória de paternidade. Registro civil. Reconhecimento espontâneo da paternidade. Vício de consentimento. Ausente. Prova genética. DNA. Inexistência de vínculo biológico. Existência de vínculo afetivo. Recurso não provido. Apesar de ter sido demonstrada, pelo exame de DNA, a inexistência da paternidade biológica, o reconhecimento voluntário da paternidade não está necessariamente alinhado à origem genética, não havendo ainda, qualquer vício de consentimento por ocasião do registro. Uma vez demonstrada a existência da paternidade socioafetiva e não comprovado qualquer vício de consentimento por ocasião do reconhecimento voluntário da paternidade - ao contrário, o autor assumiu a paternidade quase um ano após o nascimento da menor, mesmo mantendo fortes

dúvidas acerca de sua paternidade -, tal situação prepondera sobre a inexistente paternidade biológica, não merecendo guarida o pedido formulado em ação anulatória de paternidade. (TJMG, AC 1.0720.10.004351-5/001, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa, j. 18/02/2014).

46

Enunciado 108 do CJF: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

47

[47] Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de família brasileiro, 215.

48

Miguel Reale, O projeto do Código Civil, 3.

49

Enunciado 105 do CJF - As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

50

[50] Jussara Maria Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 393.

51

Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 229.

52

Resolução CFM 2.121/15.

53

Enunciado 40 do CNJ: É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

54

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 270.

55

Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, 55.

56

Resolução CFM 2.121/15, VIII - É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

57

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 51.

58

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Fecundação artificial *post mortem*..., 171.

59

Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, 58.

60

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 51.

61

Jussara Maria Leal de Meirelles, Filhos da reprodução assistida, 400.

62

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Fecundação artificial post mortem..., 190.

63

Resolução CFM 2.121/15.

64

Paulo Lôbo, Código civil comentado..., 53.

65

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A nova filiação..., 851.

66

Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, 47.

67

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 267.

68

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 380.

69

Enunciado 111 do CJF: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

70

[70] Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga..., 269.

71

Wania Andréa Campos, O direito à busca da origem genética..., 358.

72

João Baptista Villela, Desbiologização da paternidade, 14.

73

Rodrigo da Cunha Pereira, Barriga de aluguel: o corpo como capital.

74

Resolução CFM 2.121/15.

75

Em tradução livre: a mãe é sempre certa.

76

Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, 35.

77

João Baptista Villela, Procriação, paternidade e alimentos, 146.

78

Prov. 54/14 do TJ do Mato Grosso, Prov. Conjunto 8/14 do TJ da Bahia; Prov. 01/2015 de Santos - São Paulo; Prov. 21/2015 do TJ de Pernambuco. (textos disponíveis no site www.direito homoafetivo.com.br_

79

Camaçari-BA, Proc. (nº não disponível), Juíza de Direito Fernanda Karina Vasconcellos Símaro, j. 04/08/2015.

80

SP, São Paulo, Proc. 2014/88189, parecer da lavra do Juiz de Direito Gustavo Henrique Bretas Marzagão, aprovado pelo Corregedor Geral da Justiça em 23/10/2014.

81

Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 66.

82

Fabíola Santos Albuquerque, Adoção à brasileira e a verdade do registro civil, 355.

83

Luiz Edson Fachin, A tríplice paternidade dos filhos imaginários, 172.

84

José Bernardo Ramos Boeira, Filiação e solução de conflitos de paternidade, 139.

85

Rolf Madaleno, Direito de família em pauta, 22.

86

Julie Cristine Delenski, O novo direito da filiação, 96.

87

Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 36.

88

Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 122.

89

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 95.

90

Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 64.

91

José Bernardo Ramos Boeira, Filiação e solução de conflitos de paternidade, 54.

92

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Curso de Direito de Família, 120.

93

Recurso especial. Família. Ação negatória de paternidade c/c anulatória de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Relação socioafetiva. Improcedência do pedido: artigos analisados: arts. 1.604 e 1.609 do CC. 1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em fevereiro de 2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 26.11.2012. 2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com

base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. 6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. 7. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.383.408/RS (2012/0253314-0), 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/05/2014).

94

Enunciado 6 do IBDFAM: Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

95

Heloisa Helena Barboza, Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo, 32.

96

TJPE, Prov. 09/2013; TJMA, Prov. 21/2013; TJCE, Prov. 15/2013; TJSC Prov. 11/2014.

97

Decisões disponíveis no site: www.direitohomoafetivo.com.br

98

[98] CFM Resolução 2.121/15.

99

Registro Civil. Averbação de dupla maternidade de filha de mãe biológica que mantém união estável com a outra autora e que planejaram juntas a gravidez por inseminação artificial de doador anônimo. Considerações sobre decisões do STJ e do STF que recomendam não mais criar óbice quanto ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, nem ao reconhecimento por autorização judicial sem natureza contenciosa de dupla maternidade no registro de nascimento. Desnecessidade de ação judicial em alguma Vara da Família. Recurso do Ministério Público improvido. (TJSP, AC 0022096-83.2012.8.26.0100, 4.ª T. D. Priv., Rel. Des. Maia da Cunha, j. 27/03/2014).

100

SP-Santos, Proc 0013687-85.2015.8.26.0562, Juiz de Direito Frederico dos Santos Messias, j. 28/08/2015.

101

Enunciado 608 da CJF: É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.

102

Prov. 54/14 do TJ do Mato Grosso, Prov. Conjunto 8/14 do TJ da Bahia; Prov. 01/ 2015 de Santos - São Paulo; Prov. 21/2015 do TJ de Pernambuco. (textos disponíveis no site www.direito homoafetivo.com.br_

103

Enunciado 12 do IBDFAM: É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.

104

[104] Recurso especial. Ação declaratória de maternidade c/c petição de herança. Pretensão de reconhecimento *post mortem* de maternidade socioafetiva, com a manutenção, em seu assento de nascimento, da mãe registral. Alegação de que a mãe registral e a apontada mãe socioafetiva procederam, em conjunto, à denominada "adoção à brasileira" da demandante, quando esta possuía apenas dez meses de vida.. (...) 2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito. (...) 3. Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes. (STJ, REsp 1.328.380/MS (2011/0233821-0), 3.ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/10/2014).

105

(...) Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana. (...) A solução que me parece ser a mais razoável, a despeito da não concordância da genitora biológica do requerente, é a de manter a paternidade já assentada e incluir também no referido registro a paternidade socioafetiva. (...) (TJCE, Proc. 955-31.2010.8.06.0145/0, Rel. Juiz Magno Rocha Thé Mota, j. 08/05/2015).

106

Ação de adoção. Padrasto e enteada. Pedido de reconhecimento da adoção com a manutenção do pai biológico. Multiparentalidade. Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. Deram provimento ao apelo. (TJRS, AC 70064909864, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz,j. 16/07/2015).

107

[107] Belmiro Pedro Welter, Teoria tridimensional do direito de família, 230.

108

Maria Berenice Dias e Marta Oppermann, Multiparentalidade:..., 17.

109

Ação de adoção. Padrasto e enteada. Pedido de reconhecimento da adoção com a manutenção do pai biológico. Multiparentalidade. Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. Deram provimento ao apelo. (TJRS, AC 70064909864, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 16/07/2015).

110

Declaratória de multiparentalidade. Registro civil. Dupla maternidade e paternidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Julgamento desde logo do mérito. Aplicação artigo 515, § 3.º do CPC. A ausência de lei para regência de novos. E cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que

"quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3.º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6.º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. Deram provimento. (TJRS, AC 70062692876, 8.ª C. Cív., Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015).

111

[111] Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 94.

112

Enunciado 9 do IBDFAM: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

113

Rodrigo da Cunha Pereira, As novas estruturas parentais e conjugais, 37.

23. RECONHECIMENTO DOS FILHOS

SUMÁRIO: 23.1 Distinções legais - 23.2 Reconhecimento voluntário - 23.3 Legitimidade - 23.4 Formas - 23.5 Consentimento - 23.6 Impugnação - Leitura complementar.

Referências legais: CF 227 § 6.º; CC 4.º, 10 II, 131, 1.561, 1.563, 1.596 a 1.606, 1.607 a 1.617, 1.653, 1.862, 1.881 e 1.886; CPC 487 III a); L 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 26, 27 e 45 § 2.º; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 50 a 66, 102 3.º, 109; L 8.560/92; Lei 12.662/12; Dec. 7.231/10; L 13.112/15; Prov. 13/2010 do CNJ; Resolução CFM 2.121/15 (Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida).

23.1. Distinções legais

A Constituição Federal proíbe qualquer designação discriminatória relativa à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6.º). Assim, indispensável que o Código Civil abandonasse a velha diferenciação dos filhos pelo fato de terem nascido na constância do casamento ou serem fruto de relações extramatrimoniais. No entanto, os trata separadamente. No capítulo "**Da filiação**" (CC 1.596 a 1.606) fala dos filhos matrimoniais. Aos filhos havidos fora do casamento dedica o capítulo "**Do reconhecimento dos filhos**" (CC 1.607 a 1.617).

Depois de repetir a regra da igualdade constitucional (CC 1.596), o Código Civil retroage cem anos ao reproduzir institutos totalmente ultrapassados. Quando trata da filiação, define a paternidade com base em **presunções**. Uma ficção jurídica tão antiga que é definida em latim: *pater is est* - o pai sempre é o marido da mãe. Nada mais do que a presunção de fidelidade da mulher ao seu marido!

Já a paternidade do **filho extramatrimonial** se opera via reconhecimento voluntário ou por sentença judicial, em ação investigatória de paternidade.[1] Ou seja, o que estabelece o parentesco entre pai e mãe não casados e filho é o ato de reconhecimento. Na verdade, conforme Silvio Venosa, enquanto não houver reconhecimento, a filiação biológica é estranha ao direito.[2]

Até os filhos fruto de inseminação artificial **heteróloga**, em que o sémen é de doador anônimo, gozam da condição de filho por mera deliberação legislativa (CC 1.597 V).

23.2. Reconhecimento voluntário

Somente os filhos havidos no **casamento** não precisam ser reconhecidos, pois gozam da **presunção legal** de serem filhos dos cônjuges. Apesar de a **união estável** ter *status* de entidade familiar, sendo merecedora da tutela do Estado, os filhos concebidos em sua vigência precisam ser reconhecidos. Pacífica a doutrina em afirmar que não há presunção legal da paternidade, nem mesmo se os genitores viverem em longa união estável.[3] Porém, havendo **prova pré-constituída** da união, como decisão judicial declarando sua vigência no período coincidente com a época da concepção, é imperioso admitir dita presunção. Não se pode desprezar uma sentença de união estável e lhe emprestar menos valor do que a uma certidão de casamento.

O reconhecimento, espontâneo ou judicial, tem **eficácia declaratória**, constatando uma situação preexistente.[4] Isto é, tem efeito *ex tunc*, retroagindo à data da concepção. O reconhecimento pode ser feito **antes do nascimento** do filho, não sendo possível, contudo, condicionar o reconhecimento à sobrevivência do **nascituro**. Como a lei resguarda seus direitos (CC 2.º), pode o genitor, com receio de falecer antes do nascimento do filho já concebido, não esperar o

nascimento para reconhecê-lo. Mesmo que o filho nasça sem vida, o reconhecimento existiu e foi válido, devendo proceder-se ao registro do seu nascimento (LRP 53).

O reconhecimento **voluntário** da paternidade não depende da prova da origem genética. É um ato **espontâneo**, **solene**, **público** e **incondicional**. Como gera o estado de filiação, é **irretratável** e **indisponível**. Não pode estar sujeito a **termo**, sendo descabido o estabelecimento de qualquer **condição** (CC 1.613). É ato livre, **pessoal**, **irrevogável** e de **eficácia** *erga omnes*.[5] Não é um negócio jurídico, é um ato jurídico *stricto sensu*. Assim, inadmissível **arrependimento**. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas os efeitos do reconhecimento são os estabelecidos na lei. Ele não pode impugnar a paternidade depois do reconhecimento, a não ser na hipótese de **erro** ou **falsidade do registro**.

Ainda que o reconhecimento seja um ato **personalíssimo** do declarante, admissível que o registro seja levado a efeito por **procurador** com poderes especiais (LRP 59). A procuração pode ser outorgada por instrumento público ou particular.

Também o reconhecimento pode ocorrer na via administrativa, por registro tardio, mediante a presença de todos e de duas testemunhas.

É possível o reconhecimento do filho posteriormente ao seu **falecimento**, se ele deixou **descendente** (CC 1.609 parágrafo único e ECA 26 parágrafo único). Ou seja, o filho precisa ter **sucessores**. A exigência se explica, porque o reconhecimento poderia facilmente dar margem a fraudes. Falecendo alguém sem pai registral, qualquer um que o reconhecesse como filho poderia adquirir a qualidade de seu herdeiro ou beneficiário. De qualquer forma, se, ainda assim, for procedido ao registro póstumo, não haverá efeitos sucessórios.[6]

Totalmente desnecessária a norma que reconhece o estado de filiação, mesmo que tenha havido a **anulação do casamento dos pais** (CC 1.617). O estado civil dos pais nenhuma influência tem com referência à prole. Basta atentar à a regra constitucional que iguala todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento (CF 227 § 6.º).

Com relação ao cônjuge que agiu de **boa-fé**, o casamento é declarado **putativo** e tem validade até sua desconstituição (CC 1.561). Ainda que o casamento seja nulo, retroagindo a anulação à data de sua celebração, pela má-fé dos cônjuges (CC 1.563), produz todos os efeitos com relação aos filhos (CC 1.561 § 2.º), até porque eles não podem sofrer qualquer punição em decorrência da postura dos pais.

Outro dispositivo para lá de inútil: o filho fica sob a guarda de quem o reconheceu (CC 1.612). É claro que o filho registrado exclusivamente por um dos genitores, necessariamente será ele o seu guardião. Constituem uma **família monoparental**.

Mais um absurdo: se o genitor for casado, o filho não pode residir no **lar conjugal** se não houver o consentimento do seu cônjuge (CC 1.611). A norma é escancaradamente **inconstitucional**. Nada justifica a necessidade da vênia marital, pois deve prevalecer o **melhor interesse da criança**, sendo-lhe assegurado, com prioridade absoluta, o direto à **convivência familiar** (CF 227).

23.3. Legitimidade

Compete ao pai ou à mãe, em conjunto ou isoladamente proceder ao registro do filho, no prazo de até 45 dias (LRP 52 e 2.º).[7] Quer o pai, quer a mãe pode comparecer sozinho ao registro civil e registrar o filho em nome de **ambos os genitores**, mediante a apresentação da **certidão de casamento**.

Vivendo os genitores em **união estável**, havendo prova da vigência da união à época da concepção, indispensável reconhecer a possibilidade de o declarante proceder ao registro do filho também em nome do companheiro. Porém, sem a comprovação de que o outro genitor é seu cônjuge ou seu companheiro, o filho não pode ser registrado em nome dos dois.

Quando o genitor é **casado**, para reconhecer o filho havido **fora do casamento**, não necessita da anuência do cônjuge. A relação de filiação irradia-se perante todos os parentes, mas é claro que não alcança o consorte.[8]

A **mãe**, mesmo sendo **casada**, não está obrigada a registrar o filho em nome do marido. Nem precisa declinar quem é o pai. Quer por não saber quem é o genitor, ou por não querer que o filho tenha o nome dele. Não há como forçá-la. Cabe lembrar os chamados "filhos de produção independente". Ao depois, é cada vez mais frequente o uso de métodos de reprodução assistida, em que, necessariamente, é anônimo o cedente do espermatozoide.[9]

Indicando a mãe, no ato do registro, como pai quem não é seu marido ou companheiro, instaura-se um **procedimento informal**, que não dispõe dos requisitos de uma ação judicial (L 8.560/92). Porém, simplesmente não se desencadeia o procedimento investigatório.

Na hipótese de **gestação por substituição** - técnica que permite a implantação de óvulo fecundado no útero de quem não é a mãe biológica -, surge a figura da mãe gestacional. É ela que leva a gestação a termo e recebe a Declaração de Nascido Vivo para proceder ao registro. Comprovado que a gestação foi fruto de inseminação artificial, havendo prova do consentimento informado de todos, é possível o registro em nome da mãe biológica. Em muitos estados o registro é feito diretamente junto ao registro civil, sem a necessidade de demanda judicial.

Não há qualquer referência na lei à **capacidade** do pai para proceder ao reconhecimento do filho. Se o genitor é **relativamente capaz**, não precisa ser **assistido** por seu representante no ato do registro. Como é apto para testar (CC 1.860 parágrafo único), e pode fazer constar cláusula testamentária de reconhecimento de filho (CC 1.609 III), não há motivo para se exigir que seja assistido, para proceder ao registro.[10] Quando o genitor é **menor** de 16 anos cabe distinção feita por Bruno Machado. No caso de reconhecimento da **paternidade**, é necessária autorização judicial. O representante do genitor não pode proceder ao reconhecimento. Já em se tratando da mãe **absolutamente incapaz**, com a apresentação da Declaração de Nascido Vivo, possível o registro, contanto que a genitora esteja acompanhada de sua representante legal.[11] Quanto um ou ambos os genitores estão sujeitos à **curatela**, é necessário atentar aos seus limites, não havendo impedimento ao registro do filho, seja pelo pai, seja pela mãe.

O dispositivo que impede ser o filho reconhecido por outrem, quando está registrado em nome de **ambos os pais** (CC 1.604), está sendo cada vez mais relativizado. Na ação declaratória de parentalidade biológica ou socioafetiva, quando o filho tem vínculo de filiação com o pai registral, possível o reconhecimento da **multiparentalidade**.

23.4. Formas

Os **procedimentos de** averiguação oficiosa da paternidade de filhos havidos fora do casamento - tanto o reconhecimento voluntário, como o coacto - estão regulados na Lei 8.560/92. Suas normas foram incorporadas pelo ECA (26) e pelo Código Civil (1.609).

O reconhecimento pode ser feito diretamente perante o **oficial do registro civil**. Como é permitido ser procedido **em conjunto ou separadamente** (CC 1.607), os genitores, ainda que não casados e

mesmo não mantendo união estável, podem comparecer juntos ao cartório para proceder ao registro do filho em nome de ambos. No assento, contudo, não deve haver a indicação do **estado civil** dos pais (L 8.560/92 5.º), explicitação não reproduzida no Código Civil, mas que continua em vigor.

Como existe a possibilidade de o reconhecimento ser levado a efeito em separado, não há qualquer impedimento para que os genitores o façam em momentos distintos. Não é lavrado outro registro. É somente acrescentada a filiação no registro já realizado. Assim, pode o pai reconhecer o **filho já registrado** pela mãe. Porém, é necessária a concordância dela para que o pai proceda ao registro. Ainda que não conste da lei tal exigência, é a solução que melhor atende ao interesse do próprio filho. Demonstrando-se injustificável a **resistência** da mãe em concordar com o reconhecimento, cabe **aojuiz** suprir a manifestação de vontade e **autorizar o registro**.

O reconhecimento pode ser feito por **escritura pública** ou **escrito particular** (CC 1.609 II). Qualquer documento de autoria indiscutível serve. Até mensagem via internet cuja autenticidade possa ser comprovada. Há possibilidade de a declaração ser inserida em outro documento, como o **pacto antenupcial** (CC 1.653). Mesmo que não ocorra o casamento - o que torna ineficaz o pacto -, o reconhecimento do filho é hígido e eficaz (CC 1.609 II e 1.610).

Afirmada a paternidade de modo claro e indiscutível, seja no documento que for, apresentado o documento em cartório, o oficial deve proceder à devida **averbação** no assento de nascimento. Mas antes precisa dar ciência ao genitor registral. Faltando clareza à declaração, cabe suscitar incidente de **dúvida** (LRP 198). Ainda que não se proceda ao registro, serve o documento como meio de prova para eventual ação declaratória da parentalidade.

O **testamento** é o modo de reconhecimento voluntário mais utilizado para o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais. O genitor não compromete a "paz familiar", mas não deixa de reconhecer o

filho, nem que seja após a sua morte. Pode ser levado a efeito em qualquer das espécies de testamento (CC 1.862 e 1.886). Mesmo que o testamento seja revogado, a filiação que foi reconhecida é valida (CC 1.610). O testamento é mero suporte instrumental do reconhecimento, não ficando sujeito às suas vicissitudes. Em outras palavras, a validade do reconhecimento não depende da eficácia ou até mesmo da sobrevivência do instrumento.[12] Possível o reconhecimento da paternidade até via **codicilo** (CC 1.881): escrito particular datado e assinado, em que alguém faz deliberações sobre seus funerais ou doações de pouca monta. Mesmo que não se trate de um testamento, é um escrito particular e vale como tal (CC 1.609 II).

Afirmando alguém, **em juízo**, de forma expressa e direta, que é pai ou mãe de determinada pessoa, a declaração tem validade. Desnecessário que a declaração seja feita perante o juiz da vara dos registros públicos. Afirmada a paternidade na presença de qualquer juiz, este deve tomar a declaração a termo e encaminhá-la ao juiz **competente**, que determinará a averbação no assento de nascimento.

Admitindo o réu, na ação **investigatória de paternidade**, a procedência do pedido, trata-se de reconhecimento voluntário. Ocorre a extinção do processo com resolução de mérito (CPC 487 III a), e a sentença é averbada no registro de nascimento do investigante.

Era vedado, de modo expresso, o reconhecimento de filho na **ata do casamento** (L 8.560/92 3.º). Dita proibição não foi reproduzida no Código Civil. O silêncio do legislador, por certo, afasta a injustificável proibição. Como esse tema não diz respeito ao procedimento investigatório objeto da legislação especial é de se reconhecer que a vedação não persiste. Assim, ainda que não mais se possa falar em "legitimação" de filho, em face da igualdade constitucional, nada impede o reconhecimento na ata do casamento. Como pode ser feito em qualquer documento e por manifestação expressa e direta perante o juiz, mesmo que não seja objeto único e principal do ato que o

contém (CC 1.609), não se justificava a limitação que, em boa hora, foi excluída.

Quando o filho for reconhecido por **ambos os pais**, não sendo eles casados e nem vivendo em união estável, na falta de acordo, cabe a qualquer dos genitores propor ação para definir o direito de convivência e a obrigação alimentar.

23.5. Consentimento

O reconhecimento dos filhos menores de 18 anos não depende de seu consentimento (CC 1.614). A dispensa é injustificável. Basta lembrar que, no procedimento de **adoção**, é necessário o consentimento do adolescente (ECA 45 § 2.º). Somente não é ouvido se for ele ainda criança, ou seja, tiver menos de 12 anos de idade. Assim, no ato de seu reconhecimento, com muito mais razão deve ter o direito de se manifestar, ao menos se já for adolescente. O ordenamento jurídico precisa ser interpretado com lógica, com coerência, com unidade constitucional, principalmente com base no superprincípio da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente.[13] Dessa forma, nada justifica o registro de um **adolescente** sem que lhe seja dada a oportunidade de se manifestar.

Para o reconhecimento de filho **maior de idade**, é indispensável sua concordância (CC 1.614). Não estabelece a lei a forma de manifestação do **consentimento**. Igualmente, nada é referido sobre a discordância do filho, se pode ser imotivada ou se precisa ser justificada. Em face de falta de especificidade, há que se admitir que a **negativa** pode ser **imotivada**. Sem a concordância, não há como se proceder ao registro, mesmo que a paternidade esteja comprovada por exame de DNA. Não é possível haver **suprimento judicial** do consentimento para esse fim. Ainda que ela não possa se opor, recomendável dar ciência à **genitora**.

Comparecendo ambos - pai e filho - perante o cartório do registro, antes de proceder à averbação, o oficial deve colher a manifestação expressa do filho. Efetuado o reconhecimento por escritura pública, escrito particular ou testamento, somente será **averbada** a filiação se houver a manifestação favorável do filho. O reconhecimento de filho maior é ato complexo e apenas consuma seus efeitos quando do seu consentimento. São dois atos distintos e complementares.[14]

23.6. Impugnação

Pelo prazo decadencial de **quatro anos**, a partir da maioridade, pode o filho impugnar o seu reconhecimento (CC 1.614). Trata-se do direito de não ter como genitor quem o reconheceu como filho. É quase uma ação de investigação de paternidade às avessas.[15] Esse é dos dispositivos que mais gera polêmica em sede doutrinária, dando ensejo a decisões judiciais díspares. Ainda que a norma se encontre no capítulo que trata do **reconhecimento dos filhosextramatrimoniais**, descabido não assegurar o mesmo direito ao filho havido na constância do **casamento**, sob pena de se lhe oferecer tratamento desigual.[16] Cuida-se do exercício do direito constitucional de liberdade, não havendo necessidade de comprovar erro, falsidade ou inexistência da verdade biológica. É a chamada **denúncia vazia**. Cabe figurar a hipótese de o filho ter constituído com o companheiro da mãe uma **filiação socioafetiva**. Não pode prevalecer o reconhecimento do genitor biológico sobre o vínculo construído pela convivência familiar e que assumiu as vestes da paternidade.[17]

A limitação temporal - quatro anos - entra em rota de colisão com o o art. 27 do ECA, que diz ser **imprescritível** o direito ao reconhecimento do estado de filiação. Ora, o fato de ter havido o **reconhecimento voluntário** da paternidade não pode afetar o direito do filho de impugná-lo. Não há por que limitar o direito de investigar a

paternidade ao exíguo **prazo** da impugnação da filiação. Não cabem dois pesos e duas medidas, uma vez que é **imprescritível** a ação negatória de paternidade (CC 1.601). O lapso decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir.[18] Como a pretensão investigatória é imprescritível, o eventual **registro** da paternidade não pode obstaculizar o seu exercício. Reconhecida a filiação, a desconstituição do registro é um singelo **efeito anexo** da sentença.[19]

Reconhecida a existência de um vínculo de **filiação afetiva** com o pai registral, que sabia da inexistência do vínculo biológico, não se anula o registro.[20]

Leitura complementar

COMEL, Denise Damo. *Paternidade responsável.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TARTUCE, Flávio. O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao direito de família - Abandono afetivo e alimentos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 30. p. 5-34, out.-nov. 2012.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2010.

1

Julie Cristine Delenski, O novo direito da filiação, 24.

2

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 304.

3

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 318.

4

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 307.

5

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 99.

6

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 607.

7

Redação segundo a Lei 13.112/2015.

8

Paulo Lôbo, Código civil comentado..., 100.

9

Resolução CFM 2.121/15, IV, 1 e 2.

10

Bruno Mangini Machado, Da filiação e do reconhecimento dos filhos, 760.

11

Idem, ibidem.

12

Idem, 116.

13

Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 81.

14

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 129.

15

Investigação de paternidade. Negatória de filiação. Petição de herança. Prescrição. Decadência. Art. 178, § 9.º, VI, do CC/1916. 1. A jurisprudência de ambas as turmas de Direito Privado desta Corte Superior é na vertente de que "a regra que impõe o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento da paternidade constante do registro civil só é aplicável ao filho natural que pretende afastar a paternidade por mero ato de vontade, com o objetivo único de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem, contudo, buscar constituir nova relação. A decadência, portanto, não atinge o direito do filho que busca o reconhecimento da verdade biológica em investigação de paternidade e a consequente anulação do registro com base na falsidade deste" (REsp 987.987-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 05/09/2008). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg-Ag 853.665, Proc. 2007/0003211-9-GO, 3.ª T., Rel. Des. conv. Vasco Della Giustina, j. 15/06/2010).

16

Gustavo Tepedino, A disciplina jurídica da filiação..., 567.

17

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 132.

18

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 313.

19

Ação negatória de paternidade. Filho havido durante o casamento. Imprescritibilidade. Invalidade de doações feitas à filha. Decadência. Caracterização. Apelo provido parcialmente. O reconhecimento voluntário da paternidade não impede o pai de ajuizar a ação negatória, e, mediante a exibição de exame genético que atesta a inexistência do vínculo biológico, obter a declaração judicial respectiva de que a ré não é sua filha. Nascida a filha durante o casamento (em fevereiro de 1995) e efetivadas as doações de imóveis cujos registros ocorreram em fevereiro de 1998 e março de 2004, o termo inicial da decadência deve ser fixado na data da transmissão do domínio e não quando o pai soube, em maio de 2010, que a donatária não era sua filha biológica. A doação constitui ato potestativo, e, assim, a instituição do prazo decadencial objetiva garantir ao donatário, após vencido esse lapso de tempo concedido ao doador, a necessária inalterabilidade da situação jurídicas das partes. Hipótese na qual a subordinação do prazo decadencial à data na qual o autor soube que não era pai biológico da ré implicaria em fazer

com que toda doação de ascendente para descendente ficasse submetida à imprescritibilidade de que goza o autor da ação negatória de paternidade. (TJMG, AC 1.0035.11.010296-5/001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 29/07/2014).

20

Negatória de paternidade. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1.º da Lei 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). Se o autor registrou a ré como filha não pode pretender a desconstituição do vínculo, uma vez que presente a voluntariedade do ato. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70059967661, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 02/07/2014).

24. DECLARAÇÃO DA PARENTALIDADE

SUMÁRIO: 24.1 Uma justificativa - 24.2 Interesses em conflito - 24.3 Verdade real, jurídica, presumida e afetiva - 24.4 Ação do filho - 24.5 Ação do pai - 24.6 Ação da mãe - 24.7 Declaratória da ascendência genética - 24.8 Declaratória da filiação socioafetiva - 24.9 Relativização da coisa julgada - 24.10 Prescrição - 24.11 Competência - 24.12 Litisconsórcio - 24.13 Ônus da prova - 24.14 *Exceptio plurium concubentium* - 24.15 Revelia - 24.16 Exame de DNA - 24.17 Desistência da ação - 24.18 Averiguação judicial da paternidade - 24.19 Alimentos - Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.601 e 1.614; CPC 178 II, 187 II, 693 a 699; ECA 27; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 102 3.º; L 8.560/92 2.º §§ 4.º a 6.º, e 7.º; L 5.478/68 (Lei de Alimentos - LA) 13 § 2.º; L 12.004/09; L 12.010/09 5.º; L 12.662/12; Provimentos 12/10 e 16/12 do CNJ.

24.1. Uma justificativa

Chamar de **investigação de paternidade** todas as demandas que procuram a identificação dos vínculos de filiação demonstra certo ranço cultural. A expressão "investigação" tem colorido policialesco. Assim, na chamada ação "investigatória de paternidade", parece que deve o juiz bancar o detetive buscando descobrir quem é o pai do autor. Como a demanda é de eficácia declaratória, pois esta é a pretensão do autor - que seja declarada o seu vínculo parental com o réu -, melhor é chamar a ação de declaratória.

Ao depois, falar somente em paternidade lembra a época em que só se cogitava a hipótese de o filho buscar o reconhecimento de seu genitor, como se não houvesse a possibilidade de identificação da **verdade biológica** por meio de ações de declaração de maternidade, anulatória de registro, declaratória de filiação, negatória de

paternidade, declaratória da ascendência genética, de filiação socioafetiva etc. Redimensionado o leque de formas de buscar socorro no Judiciário, em face da diversidade de demandas atrás da definição dos vínculos paterno-filiais, faz-se necessário ampliar também a expressão que identifica as diversas ações. Daí, **declaração da parentalidade**.

24.2. Interesses em conflito

O interesse em descobrir a **verdade biológica** sempre foi de pais e filhos, mas não é - e nunca foi - uma preocupação do Estado. Basta lembrar que os filhos nascidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos. Os concebidos dentro do casamento, por presunção legal, ainda são considerados filhos dos cônjuges. Assim, em face da sacralização do conceito de família, considerada "base da sociedade" (CF 226), descobrir a paternidade não atende aos interesses de ninguém.

Em nome da preservação do núcleo familiar e da mantença da paz social, a lei prestigia a relação de paternidade por **presunção legal** (CC 1.597): o pai é o marido da mãe. Pela presunção *pater est*, prevalece a **paternidade fictícia** sobre a verdade biológica. Mesmo na era da engenharia genética, que permite identificar, com certeza quase absoluta, a **verdade biológica**, permanecem presunções na lei.

Se por um lado a identificação dos vínculos de filiação pela **verdade social** goza de prestígio cada vez maior, os marcadores genéticos do **DNA** permitem chegar à verdade biológica com altíssimo grau de certeza. Dita possibilidade ocasionou uma reviravolta, desencadeando uma corrida na busca da filiação natural em substituição à verdade jurídica. O direito à **identidade genética** passou a ser reconhecido como **direito fundamental** integrante do direito de personalidade, o que levou a jurisprudência a aceitar o retorno das partes a juízo na busca da identificação da paternidade. Os

avanços são significativos. Cabe lembrar a possibilidade do afastamento dos efeitos cristalizantes da **coisa julgada**, quando a anterior ação não foi acolhida por falta de prova do vínculo de filiação. Passou a ser admitido o reconhecimento da filiação, mesmo que a demanda não gere **reflexos jurídicos** e sirva tão só para atender à necessidade psicológica da parte de conhecer sua ascendência biológica.

Mas a jurisprudência tem ido além ao admitir que no registro conste o nome de dois pais ou duas mães: a filiação genética e a socioafetiva, o que passou a ser chamado de **multiparentalidade**.

24.3. Verdade real, jurídica, presumida e afetiva

Em tema tão intrincado, em que várias verdades se superpõem, é indispensável estabelecer - ou ao menos tentar - um **critério** para a identificação dos vínculos de parentalidade. Até o advento da Constituição Federal, prevalecia o critério da **verdade legal**, ou seja, alguém era filho porque a lei assim ordenava, mesmo que todos soubessem não ser ele filho biológico do marido da mãe.[1] A lei concedia o exíguo prazo de dois meses para o marido "contestar a legitimidade do filho de sua mulher" (CC/16 178 § 3.º). A mudança foi radical. A lei privilegia a **verdade biológica** ao tornar a ação imprescritível (CC 1.601).

Paradoxalmente, passou-se a emprestar maior importância ao critério **socioafetivo**, que se sobrepõe à verdade presumida e também à verdade biológica, pois tem por base um valor maior: o vínculo de afetividade. Tem prevalência até sobre a **coisa julgada**, pois nada deve obstaculizar o estabelecimento de vínculo jurídico para chancelar uma verdade que não existe. Comprovada a **posse do estado de filho**, não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo a Justiça, na hora de estabelecer a paternidade, respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo.

Somente quando ausente a filiação afetiva cabe prestigiar a **verdade biológica**. A possibilidade de sua identificação, com índices quase absolutos de certeza, não pode ser desprezada para manter uma verdade fictícia.

Até o advento do exame de DNA, a paternidade era afirmada ou rejeitada por provas indiciárias e presuntivas. Nas ações de reconhecimento do vínculo parental, a **causa de pedir** é a **concepção**. Na ausência de tal prova, quer a procedência, quer a improcedência da ação baseavam-se exclusivamente em **indícios**. Comprovada existência de um relacionamento afetivo entre duas pessoas, presumia-se a mantença de **contatos sexuais** e a ocorrência da gravidez. De outro lado, a *exceptio plurium concubentium,* ou seja, a alegação de que a genitora se relacionava sexualmente com outros homens, fazia surgir a dúvida de que o réu poderia não ser o genitor, o que levava à improcedência da ação.

Essas demandas, tanto de reconhecimento, como de rejeição da paternidade, ao transitarem em julgado, nunca puderam voltar a juízo pelo surgimento da **coisa julgada**. A **verdade jurídica** sempre prevaleceu por gozar de intangibilidade constitucional. Entretanto, entre a verdade jurídica, ditada por sentença, e a **verdade genética**, não há como titubear. Afirmada ou negada a paternidade na via judicial, passou-se autorizar tanto ao filho, quanto ao pai que voltem à Justiça para o estabelecimento da **verdade real**. Essa orientação é chamada de **relativização da coisa julgada**.

Ainda que a **verdade afetiva** mereça sempre ser prestigiada - porque a tudo se sobrepõe -, não pode servir de obstáculo à pretensão de descobrir a **verdade genética**, não revelada em anterior demanda. Não há como negar o uso quer da ação investigatória, quer da negatória da paternidade. Tanto o filho como o pai podem retornar a juízo, sendo descabido extinguir o processo pelo reconhecimento da **coisa julgada**. A verdade biológica não foi alvo de apreciação judicial. Como a ação é imprescritível, a qualquer tempo o

filho pode ingressar com **nova ação investigatória de paternidade**, já que a primeira não foi acolhida por ausência de prova. Porém o **pai**, que assim foi reconhecido, ainda que sem a prova genética, não pode ingressar com ação **negatória de paternidade** para buscar em juízo a verdade real da inexistência do vínculo biológico. Irá esbarrar na coisa julgada. A imprescritibilidade da ação, que pode até ultrapassar a coisa julgada, é concedida para a constituição do **estado de filiação**. Como bem adverte Maria Celina Bodin de Moraes, não dispõe desta mesma dimensão a possibilidade de impugnar direito de outrem.[2] Mesmo que no registro de nascimento conste o nome de alguém como pai, tal não pode impedir a descoberta da verdade biológica. A existência de **filiação registral** não limita o exercício do direito fundamental à busca da identidade genética ao prazo decadencial da ação impugnativa de reconhecimento (CC 1.614). No entanto, este direito é assegurado ao filho, não ao pai biológico. Este não pode buscar o reconhecimento da paternidade se o filho entretém vínculo de filiação afetiva com o pai registral.

24.4. Ação do filho

O reconhecimento do estado de filiação é um direito **personalíssimo**, **indisponível** e **imprescritível** (ECA 27). O fato de esse dispositivo se encontrar em lei que rege direitos de crianças e adolescentes não significa que não se estenda a todos, quer por se tratar de direito fundamental à identidade, quer por não ser admissível tratamento discriminatório com relação a filhos (CF 227 § 6.º).

Promovida ação de **investigação de paternidade**, não conseguindo o autor comprovar o vínculo biológico com o réu, a ação era julgada **improcedente** e sempre se afirmou que dita decisão se quedava imutável pela ocorrência da **coisa julgada**. Com o surgimento do **exame do DNA**, quem não havia sido reconhecido pode voltar a juízo pleiteando a produção da prova genética. É o que se chama de **relativização da coisa julgada**. Quando o

desacolhimento da ação decorre da falta de provas - prova bem difícil antes do DNA -, a sentença não negava a paternidade, não afirmava que o réu não é o pai do autor. Limitava-se a declarar que o autor não provou que o réu é seu pai. Não tendo sido identificada a verdade biológica na anterior demanda, esse ponto não foi alvo de apreciação judicial. Como o juiz nada decidiu, é inadequado falar em coisa julgada. Daí a possibilidade da propositura de nova ação.

Ainda que alguém esteja registrado como filho de outrem, tal não obstaculiza o uso da ação investigatória. Não importa se o **registro** é falso ou decorreu da chamada **" adoção à brasileira "**. Não interessa sequer se o investigante tem **pai registral**, foi **adotado** ou é fruto de reprodução assistida heteróloga.[3] Em nenhuma dessas hipóteses, pode ser negado acesso à Justiça. Nada pode impedir a busca da **verdade biológica**.

A existência de filiação registral não obstaculiza a busca da identificação do vínculo biológico, por meio de ação investigatória de paternidade. As sequelas registrais são **efeitos anexos** da sentença.[4],Quando alguém tem pai registral, mesmo já tendo decorrido o prazo de **impugnação ao reconhecimento**, possível a propositura da demanda investigatória.[5] Na ação de **impugnação da paternidade** a pretensão do filho é dirigida contra o pai, para o fim de atingir o efeito contrário do que se busca, quando se ajuíza ação de investigação de paternidade. A intenção do autor é, primeiro, obter a declaração da inexistência de vínculo de filiação (quer por afetividade, quer biológico) com relação àquele que consta como sendo seu pai, no registro civil de pessoas naturais. O caráter desconstitutivo da ação de impugnação de reconhecimento de filiação e a ausência de previsão específica de prazo para o exercício dessa pretensão justificam afirmar que se trata atualmente, de pretensão perpétua, sem prazo para seu exercício e, portanto, **imprescritível**.[6] A simples imposição do limitado prazo de quatro anos para impugnar o registro (CC 1.614) não tem como suplantar a regra maior, que, por atender

ao **princípio da dignidade da pessoa humana**, não prescreve: o direito de conhecer a própria identidade. O tema já foi reconhecido pelo STF como de **repercussão geral**.[7]

O fato de algum dia alguém ter feito o registro de uma criança como sendo seu filho não pode impedir a busca da verdade genética, sob pena de chegar-se a injustificável paradoxo: quem não foi registrado, ou seja, quem não faz parte de uma família, pode a qualquer tempo buscar sua identidade biológica. No entanto, aquele que, independentemente de sua vontade, foi registrado por quem não é seu genitor, acabaria tendo prazo por demais exíguo para questionar o vínculo parental. Decorrido esse restrito lapso temporal, nunca mais poderia buscar sua verdadeira identidade. Como alerta Sérgio Gischkow Pereira, é errôneo transformar o prazo de quatro anos em um prazo de decadência que, uma vez ultrapassado, não permitiria mais ao filho reagir mesmo em situações de registro nulo, de registro falso, de manifesta inverdade de filiação biológica e assim por diante, fulminando a possibilidade de ação investigatória de paternidade biológica em relação a terceiro que não é o pai registral. E conclui: *seria transformar o imprescritível em uma decadência de quatro anos! A simples passagem de um prazo tão curto condenaria o filho a nunca mais poder afastar um pai manifestamente falso no plano biológico e a não poder buscar seu verdadeiro pai biológico.*[8]

Nem o surgimento da **filiação afetiva** com o pai registral - não sendo ele o pai biológico - tem o condão de impedir a busca da declaração da paternidade.[9] Como a **posse de estado de filho**, geradora da filiação socioafetiva, necessita de comprovação, não cabe negar o uso da ação de reconhecimento, sendo indevido o **indeferimento da petição inicial** (CPC 330). A existência da filiação afetiva há que ser apurada na instrução da demanda.[10]

Sempre que o autor tiver pai registral ou houver indícios de uma filiação consolidada por um vínculo afetivo, dilata-se o **objeto da**

demanda. Além da identificação da verdade biológica, é necessário que fique comprovada a não existência de vínculo de filiação gerador da **posse do estado de filho**. Precisa o autor provar que o réu é seu genitor, bem como que não existe entre eles elo de filiação afetiva. Da ação deve participar como **litisconsorte necessário** o pai registral, ainda que ele não se oponha à demanda. A procedência da ação vai sujeitá-lo aos efeitos da coisa julgada.

Durante a **instrução**, além da prova dos fatos constitutivos alegados pelo autor, ou seja, de que o réu é seu pai, também cabe ser apurada a inexistência de circunstância impeditiva dos efeitos modificativos da sentença, isto é, que as partes não entretêm vínculo de **filiação socioafetiva**. Comprovado que o autor goza da condição de filho afetivo frente ao pai registral, a sentença pode declarar a ascendência genética ou reconhecer a dupla paternidade. Ainda que identificada a filiação natural, sendo reconhecida a filiação socioafetiva, a decisão não repercute no estado de filiação nem produz efeitos registrais. Portanto, para que sejam alcançados todos os efeitos da declaração da paternidade biológica, é necessário que reste comprovada a **inexistência da filiação socioafetiva**.[11] Como esta prevalece sobre qualquer outro vínculo paterno-filial, não há como sobrepor o elo biológico ao elo afetivo. Por isso a sentença de procedência não determina a **alteração** do registro de nascimento, não tendo repercussão de ordem patrimonial ou sucessória.

Ainda que detenha o autor a **posse de estado de filho**, com relação ao pai registral, este fato não obsta a propositura da ação visando à descoberta da **verdade biológica**. Caso comprovado que foi induzido em erro, não há como impor-lhe a verdade socioafetiva.[12] Só impede a alteração no assento de nascimento do investigante. De qualquer modo, precisa ser assegurado ao autor o direito de conhecer suas origens, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não se pode valorar a identidade biológica sobre os laços afetivos.[13]

Defere a lei prazo por demais exíguo para o filho propor a **ação desconstitutiva do registro**: quatro anos a partir da maioridade (CC 1.614). Como foi registrado enquanto menor de idade, sem que tivesse sido ouvido, ao atingir a maioridade dispõe deste prazo para exercer o direito de **rejeitar o pai**, repudiar a paternidade, sem precisar expor motivo, razão ou fundamento de sua negativa. Tal não se confunde com a **contestação da paternidade**, por ser falso ou inexato o registro, pretensão esta que é imprescritível. Quem melhor identificou o alcance da norma que limita o direito do filho de impugnar o seu reconhecimento foi Pontes de Miranda: *a rejeição da filiação não necessita apresentar alegações de inexistência, nulidade, anulabilidade ou falsidade registral - basta que o filho não concorde com a paternidade que lhe foi imposta.*[14]

A ação pode ser proposta simplesmente para **desconstituir o vínculo de filiação registral**, sem estar cumulada com demanda investigatória para o reconhecimento de que outro é o pai do autor. O resultado da demanda exclui do registro de nascimento o nome do pai. Ultrapassado o prazo de quatro anos (CC 1.614), somente é possível propor ação negatória por inexistência do vínculo biológico. Não vale a confissão da mãe (CC 1.602). Não precisa o réu fazer o exame de DNA. Basta se negar a submeter-se a ele (CC 231 e 232). O acréscimo do art. 2.º-A à L 8.560/92 permite a presunção de paternidade no caso de o suposto pai se recusar a realizar a perícia. No mesmo sentido, o tema está sumulado pelo STJ.[15] A presunção, no entanto, não é absoluta, pois cabe ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Na ação do filho que se encontra registrado em nome de alguém, mais um fundamento integra a causa de pedir: a inexistência da **filiação afetiva**. Para a ação ter sucesso é necessário restar comprovado que o autor não detém a posse de estado de filiação, ou seja, a exteriorização da convivência familiar e de afetividade com quem figura na sua certidão de nascimento como seu pai.[16]

As ações de reconhecimento da filiação são personalíssimas, ainda que transmissíveis (CC 1.606), e imprescritíveis (ECA 27). Até pelo princípio da simetria, há que se reconhecer a imprescritibilidade também da **ação negatória de paternidade**, que igualmente emana do direito de personalidade. Quando o autor é menor de idade e vem a juízo representado pela mãe visando à desconstituição do vínculo de filiação, é dispensável a nomeação de um **curador especial**.

A ação pode ser intentada mesmo depois do **falecimento** de quem é indicado como pai. Nesta hipótese a ação é dirigida contra **todos os herdeiros** e não contra o espólio ou, muito menos, contra o inventariante. A **viúva meeira** tem legitimidade para figurar na ação.[17]

Quando o autor tem um **pai registral**, é indispensável que ele integre a demanda, pois se sujeitará aos efeitos da sentença que extinguir o vínculo de filiação. Caso compareça junto com o autor, manifestando sua concordância, ocupa a posição de **litisconsorte ativo**. Caso contrário, é necessária sua citação, passando a figurar no processo na condição de réu, como **litisconsorte necessário passivo**.

24.5. Ação do pai

Diante de toda uma nova concepção do conceito de filiação, cada vez mais vem sendo questionada a legitimidade outorgada ao marido de impugnar os filhos nascidos na constância do casamento (CC 1.601). Tal **direito de ação** decorre da presunção de que o pai sempre é o marido da mãe (CC 1.597). Como se trata de filiação fictícia faculta a lei que o marido - pai por presunção - busque desconstituir a paternidade. Como se trata de presunção *juristantum*, ele tem direito de "contestar" a paternidade dos filhos de sua mulher.

Esta demanda não se confunde com a **ação declaratória de inexistência de filiação** ou a **ação anulatória de registro**, que têm

cabimento na hipótese de ter ocorrido **vício de vontade** (CC 1.604).[18] Sem a alegação de erro ou vício do consentimento cabe até o indeferimento da inicial.[19] Tendo ocorrido a chamada **"adoção à brasileira"**, descabido buscar a desconstituição do vínculo parental espontaneamente assumido.[20] Ainda que reconhecida a legitimidade de **terceiro** para a ação anulatória por falsidade ideológica,[21] cabe investigar a presença da **filiação socioafetiva**, que constitui, para todos os efeitos, uma relação de filiação.[22] Frente a uma situação plenamente consolidada, a ruptura significaria evidente violação à personalidade dos sujeitos envolvidos.[23]

Essa possibilidade impugnativa diz tão só com a presunção da paternidade decorrente da filiação consanguínea. Em se tratando de fecundação decorrente de **concepção heteróloga**, não cabe dita "contestação", pois a presunção da paternidade é absoluta (*juris et de jure*).

A tendência sempre foi reconhecer a **legitimidade** exclusiva do marido para propor a ação, ainda que isso não diga a lei. Essa tendência existe porque o Código Civil pretérito (CC/16 344) concedia "privativamente" ao marido esta legitimidade, vocábulo não repetido no atual estatuto civil. Excluída do texto legal a expressão, de nítida conotação conservadora, não se justifica a mantença da limitação. O fundamento era de que da ação resultava a acusação de adultério da mulher, cabendo exclusivamente ao marido correr o risco de provocar o *estrépito do escândalo*.[24]

De qualquer forma, a omissão do legislador tem significado, não cabendo impor limite que não mais consta da lei. Não é sequer possível invocar impedimento processual (CPC 18): ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio. Existem legitimações extraordinárias, como a do terceiro que, comprovando interesse jurídico, pode vir a juízo em nome alheio. Porém, a legitimidade para

a propositura da ação é **intransmissível**. O que se transmite é tão só o direito de prosseguir na ação já proposta (CC 1.606). Assim, o **avô** não pode promover ação negatória de paternidade com relação ao neto. Também o filho não pode reconhecer o vínculo de filiação de seu genitor, mesmo que ele já tenha falecido.

Proposta a ação pelo pai contra o filho menor de idade, esse não pode ser representado pelo próprio autor, apesar de ser um de seus representantes legais. Jorge Fujita sustenta ser necessário que o juiz nomeie um **curador***ad hoc*, podendo a mãe intervir para assistir ao filho.[25] Porém, nada justifica tal nomeação, pois a genitora tem legitimidade para representar o filho e não só para assisti-lo. Na hipótese de a mãe **desistir** da ação ou **reconhecer a procedência da demanda** é que cabe a nomeação. Também o Ministério Público dispõe de legitimidade para prosseguir com a ação.

Cabe questionar se é possível o genitor propor ação de reconhecimento da paternidade enquanto a mãe se mantém **casada com o pai registral**. A hipótese flagra a infidelidade feminina, eis que o filho foi concebido durante sua vigência. Por presunção legal, o marido é o pai, a ele é facultado impugnar a paternidade. Somente ao pai registral, casado com a mãe, a lei confere legitimidade para a ação. Não está prevista a hipótese de o estado de filiação ser questionado pelo pai biológico. Paulo Lôbo sustenta que o pai biológico não tem ação contra o pai registral, marido da mãe, para impugnar sua paternidade. Para o autor, apenas o marido pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paterno-filial.[26] É o que se poderia chamar de **bloqueio de legitimidade investigatória**, que perduraria até o rompimento do casamento da genitora.

Porém, não se pode deixar de visualizar nessa assertiva demasiado apego à sacralização do conceito da família matrimonial, bem como exacerbada preservação da idealizada honestidade feminina, a ponto de não poder ser questionada sua fidelidade. Não dispõe de

qualquer fundamento limitar a ação do genitor. Desnuda a fragilidade da restrição legal a hipótese de o fruto de uma união estável ter sido levado a registro pelo companheiro da mãe. Cabe perguntar: haveria a possibilidade de o pai, que não é marido da mãe, "contestar" a paternidade? Estaria vedado que a paternidade fosse buscada por quem se qualifica como genitor?

A lei consagra a **imprescritibilidade** da ação negatória, o que, às claras, acaba gerando um clima de instabilidade social. A qualquer tempo pode o marido ingressar com ação, sustentando não ser o pai do filho havido na vigência do casamento (CC 1.601). Como bem assevera Maria Celina Bodin de Moraes, a solução legal mostra-se tecnicamente falha, uma vez que é errônea a ideia de que a imprescritibilidade deva ser estendida a todas as ações de estado. Traz ela a posição de Perlingieri: *as ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra são **imprescritíveis** quando a pessoa age para afirmar a veracidade do próprio status e são **prescritíveis** quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem*.[27] A preciosa lição permite que se estabeleça significativa distinção: a ação do filho é imprescritível para conhecer sua ascendência genética, mas a demanda intentada pelo pai para contestar filiação que lhe foi conferida por decisão judicial está sujeita à **coisa julgada**.

Não há como impedir que o filho busque a verdade biológica independentemente de ter um pai registral. Depois do ECA, ninguém mais duvida que as ações de paternidade são imprescritíveis, não se podendo negar o acesso à verdade pelo só fato de estar registrado em nome de quem não é o seu pai.

Comprovada a existência do vínculo afetivo, e desfrutando o filho **da posse de estado** com relação ao pai registral, a demanda não pode prosperar. Entre o direito do pai de negar a paternidade biológica e o direito do filho de ver preservada a condição com a qual sempre se identificou, não há como deixar de dar prevalência à

filiação afetiva. Mera dúvida sobre a paternidade, não justifica a anulação, se o registro foi levado a efeito de modo espontâneo e sem erro ou falsidade.[28]

Quando a ação é movida pelo pai, buscando a desconstituição do vínculo de paternidade reconhecido em anterior demanda, o **objeto da ação** se torna **complexo**. Além de provar que **não é o pai** do réu (o que agora se torna fácil através da realização do exame de DNA), o autor precisa demonstrar que não entretém com o filho que lhe foi impingido qualquer vínculo de convivência. Ou seja, precisa comprovar que, além de inexistir o vínculo biológico, também não existe a **filiação socioafetiva**, não desfrutando o filho da posse de estado.

No entanto, não há como manter um vínculo jurídico estabelecido de forma presumida ou por indícios, sem qualquer respaldo probatório. Não havendo **vínculo** de qualquer ordem entre pai e filho - a não ser uma sentença que afirma um fato que não existe -, essa inverdade jurídica não pode prevalecer. Quem não é pai, nem afetivo nem biológico, **não é pai**.[29] A Justiça precisa curvar-se a essa verdade, mesmo que alguém, eventualmente, acabe sem genitor. Essa situação, ainda que lastimável, não cabe ser solucionada pelo Judiciário. Desarrazoado que seja criado ou mantido vínculo de paternidade inexistente, encobrindo-se de forma injustificada a verdade real.[30]

Há situações que tornam imperioso desconstituir o registro: quando ele não corresponde nem à verdade biológica nem existe vínculo afetivo que justifique sua mantença. As hipóteses são frequentes. Quando do casamento, o marido procede ao registro do filho da esposa como se seu fosse, o que se chama de **"adoção à brasileira".** Rompida a união, ocorrendo o total afastamento entre eles, sem que tenha se estabelecido relação de convívio de ambos, não desfruta o filho da posse de estado afetivo.[31] Igualmente, se

desconhece o filho sua condição de ter sido indevidamente registrado, é admitida a dissolução do vínculo.[32]

O tema reveste-se de particular perplexidade quando a ação é movida por ambos - **pai e filho** -, munidos da prova negativa do DNA, alegando que jamais mantiveram qualquer convívio. Propõem juntos ação negatória de paternidade, visando, ao fim e ao cabo, desconstituir a paternidade cujo registro foi fruto de ação investigatória cuja sentença declarou a paternidade, com base na ausência de comparecimento do réu no dia designado para submeter-se ao exame genético.

Hipótese bastante recorrente é quando o genitor alega que desconhecia não ser o pai biológico e que registrou o filho induzido em **erro** pela genitora. Ao descobrir que não é o pai, geralmente depois de uma briga em que a mulher lhe revela a verdade, busca a desconstituição do vínculo parental. A controvérsia solve-se diante da presença ou não da **filiação socioafetiva**. Sua presença impede a desconstituição da paternidade. Mesmo se o pai registral foi induzido em erro, se existe o vínculo socioafetivo, não há como desconstituir o vínculo parental.[33] Esta era a jurisprudência mais do que consolidada inclusive no STJ. No entanto, o próprio STJ passou a admitir a anulação do registro, ainda que presente a posse de estado de filho. A criança resta sem um pai registral.[34]

No entanto, se a paternidade foi livremente assumida, o arrependimento ou a alegação de falta de vínculo de convivência não justifica a desconstituição.[35] Enunciado das Jornadas de Direito Civil reconhece a impossibilidade de contestar a paternidade presumida.[36]

Todas estas possibilidades levam a uma série de interrogações: cabe contrapor a realidade ficta à verdade biológica? E mais: é correto, em prol da propalada segurança jurídica das decisões judiciais,

acobertadas com o manto da coisa julgada, manter uma situação inverídica? Os questionamentos vão além: seria justo ao autor e, principalmente, ao filho manter a figura de um pai irreal, criado por ficção legal?[37]

24.6. Ação da mãe

A ação **declaratória de maternidade** não dispõe sequer de um dispositivo legal próprio, talvez em face da **presunção** *mater semper certa est*,[38] que é determinada pela gravidez e pelo parto. Porém, em face das modernas técnicas de reprodução assistida, não se pode negar a possibilidade de ser questionada a maternidade. O fato de a gestação ter sido levada a termo por uma mulher não mais significa que ela é a mãe do fruto do seu ventre. Basta lembrar a gestação por substituição, mais conhecida como barriga de aluguel.

Limita-se o legislador a afirmar (CC 1.602): *não basta a confissão materna para excluir a paternidade*. Pelo jeito, só é concedido à genitora o direito de alegar a **falsidade do registro** ou das declarações nele contidas (CC 1.604). Já o marido dispõe do direito imprescritível de "contestar" a paternidade dos filhos de sua mulher (CC 1.601). Ou seja, a ação negatória de paternidade não tem restrições quanto ao seu objeto, mas a negatória de maternidade só pode ter por fundamento questões registrais. À mãe é deferido o direito de agir com alcance diferente. De modo injustificável e flagrantemente **inconstitucional** não é assegurado à mãe o mesmo direito garantido ao pai.

Buscando compatibilizar dito dispositivo com o **princípio da igualdade**, sustenta a doutrina que a demanda anulatória cabe quando o registro não foi levado a efeito pela própria genitora. Na hipótese de a declaração ter sido efetuada por terceiros - marido, parentes, parteira ou qualquer dos legitimados para tal (LRP 52) -, pode a mãe contestar a maternidade em igualdade de condições da negativa de paternidade, não ficando limitada à restrita prova da

falsidade.[39] Assim, dispõe a suposta mãe de legitimidade para propor demanda negando o vínculo de maternidade. O exemplo que primeiro vem à mente é a hipótese de ter havido **troca de bebês** na maternidade. Nessa sede, igualmente deve prevalecer o **vínculo da afetividade**. Devido ao surgimento do estado de filho afetivo, essas ações acabam se tornando raras. Estabelecida a convivência, a descoberta da eventual verdade biológica não rompe a filiação socioafetiva, e não se interessam as mães em deixar de reconhecer o filho como seu, ainda que não o seja.[40]

24.7. Ação declaratória da ascendência genética

A partir do momento em que se passou a atribuir efeito jurídico ao afeto, na identificação dos vínculos parentais, novas demandas aportaram em juízo. O direito de conhecer a própria ascendência genética tem resguardo constitucional, pois integra um dos direitos da personalidade. Deve-se a Paulo Lôbo a distinção entre estado de filiação biológica e não biológica, de modo a possibilitar a investigação da ascendência biológica independentemente da existência da filiação socioafetiva.[41]

Levado a efeito o registro de nascimento por quem não é o pai biológico, não se pode subtrair do filho o direito de investigar quem é o seu genitor, como garantia ao **direito fundamental à identidade**.

A ação investigatória, como todas as ações de estado, não se sujeita à prescrição. Ainda que o Código Civil não diga isso, o STF encarregou-se de sumular a hipótese.[42] O ECA é mais taxativo (27): *o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível*. A assertiva de que *pode ser exercido sem qualquer restrição é redundante ou supérflua, deixando inquestionável que o legislador não mais admite a permanência de nenhuma norma jurídica que, por qualquer forma ou subterfúgio, por*

qualquer maneira explícita ou implícita, crie embaraços à descoberta da verdadeira paternidade biológica.[43]

Deste modo, de todo descabido que, pela só existência de um registro de nascimento, levado a efeito à revelia do investigante, lhe seja negado o direito à busca da identidade.

Para a perquirição dos vínculos parentais não há porque exigir prévia desconstituição do assento de nascimento. A procedência da ação implica, necessariamente, na anulação do registro anterior, seja pela natureza da sentença, seja pela presunção relativa imanente dos registros públicos.[44]

A lei concede prazo por demais exíguo para o filho propor a ação desconstitutiva do registro: quatro anos a partir da maioridade (CC 1.614). Ou seja, quem, à sua revelia, foi registrado como filho de alguém, somente até os 22 anos poderia buscar descobrir a sua verdadeira filiação. Paradoxalmente, se não está registrado, pode buscar sua identidade biológica a qualquer tempo, pois a ação de reconhecimento da paternidade é **imprescritível**.

A possibilidade investigatória, no entanto, não subtrai a supremacia da **filiação socioafetiva**. Mesmo que seja alegada, a ação deve ter prosseguimento, para oportunizar a prova da inexistência da socioafetividade com relação ao pai registral. Comprovado que o investigante entretinha com quem o registrou vínculo de filiação, que se consolidou pela convivência, tal impossibilita exclusivamente a mudança do estado de filiação. No entanto, persiste o direito de investigar a paternidade biológica, como um **direito de personalidade**.

Verificada a existência do **vínculo socioafetivo**, distinta é a posição da jurisprudência, a depender de quem é o autor da ação. Quando o **pai registral** vem a juízo, para desconstituir a paternidade sob o fundamento de não ser o pai biológico, a tendência é

desacolher a ação, sendo reconhecida a prevalência da filiação afetiva. No entanto, se a ação é proposta pelo **filho**, mesmo reconhecida a presença da **posse do estado de filiação afetiva,** e a ação ser julgada procedente, desconstitui-se a filiação registral e desconsidera-se o vínculo constituído ao longo dos anos.

Ainda assim, é majoritária a tendência de declarar o vínculo biológico, sem efeitos no registro civil, o que subtrai eventuais direitos de **sucessória**. Em síntese, se entre as partes é comprovada a presença de um vínculo de filiação socioafetiva, é possível a busca da identificação da verdade biológica. A ação é acolhida em parte, a **sentença** tem somente conteúdo **declaratório**, sem **efeitos jurídicos** outros. Ao filho resta a segurança jurídica sobre a relação da paternidade, quer tenha sido adotado, quer registrado por alguém que desempenha o papel de pai. Quem tem um vínculo de filiação, goza do estado de filho afetivo, já tem pai. Por isso, a sentença de procedência não é levada a registro, não se alterando a filiação que se consolidou pela convivência.[45] A Justiça prestigia a verdade afetiva. A procedência da ação não tem efeitos retificativos junto ao registro civil, mas meramente declaratórios da filiação biológica, sem reflexos jurídicos ou de ordem patrimonial.[46]

No entanto, de forma reiterada vêm despontando na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento de coexistência de mais de um vínculo parental, a autorizar o duplo registro, para todos os fins. Esta possibilidade passou a ser chamada de **pluriparentalidade ou multiparentalidade**.

24.8. Declaratória da filiação socioafetiva

O desenvolvimento da sociedade e as novas concepções da família emprestaram **visibilidade ao afeto**, quer na identificação dos vínculos familiares, quer para definir os elos de parentalidade. Passou-se a desprezar a verdade real quando se sobrepõe um

vínculo de afetividade. A maior atenção que começou a se conceder à vivência familiar, a partir do princípio da proteção integral, aliada ao reconhecimento da posse do estado de filho, fez nascer o que se passou a chamar de **filiação socioafetiva**.[47] Assim, em vez de se buscar a identificação de quem é o pai ou de quem é a mãe, passou-se a atentar ainda mais ao interesse do filho na hora de descobrir quem é o seu pai "de verdade", ou seja, aquele que o ama como seu filho e é amado como tal.

Sustenta Belmiro Welter que a absoluta vedação de qualquer discriminação com referência à origem da filiação enseja o reconhecimento da possibilidade de que se investigue não somente a filiação biológica, mas também a filiação socioafetiva.[48] Questiona Zeno Veloso: *se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga esse fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado?*[49]

Aliás, a possibilidade da **adoção póstuma ,** mesmo que não tenha iniciado o respectivo processo, trata-se do reconhecimento da filiação socioafetiva. Deste modo, é juridicamente possível a ação declaratória de filiação socioafetiva ser proposta após o falecimento de quem desempenhou as funções de pai.[50]

24.9. Relativização da coisa julgada

A supremacia dos princípios constitucionais ocasionou uma das maiores revoluções já ocorridas na ciência processual. O prestígio dado à **verdade real**, como um dos corolários do direito à identidade, ensejou o fenômeno que passou a se chamar de relativização da coisa julgada. Diante da possibilidade de descobrir a verdade biológica pelo exame do DNA, acabou a jurisprudência admitindo o

retorno do filho a juízo, sempre que o resultado de improcedência da demanda tinha por justificativa a ausência de prova da paternidade: ou por não ter sido realizado exame pericial ou quando o índice de certeza não tinha alcançado resultado significativo. Também quando a ação havia sido julgada procedente, sem a prova pericial ou quando esta ainda dispunha de acanhado grau de certeza, o pai assim declarado passou a buscar a desconstituição da paternidade que lhe foi imposta por sentença.

A valorização dos **direitos da personalidade** acabou prevalecendo, pois não se pode falar em coisa julgada baseada em frágeis elementos probatórios que nada provaram, a não ser que o autor não conseguiu comprovar o que era quase impossível: um contato sexual de sua mãe. Também não cabe impor a alguém que seja pai para sempre, se não é nem o pai biológico e não tem qualquer vínculo de convivência com o filho que a Justiça lhe impôs.

Essa possibilidade, que encontrou enorme resistência dos processualistas mais ortodoxos, está consolidada a partir do julgamento do STF[51] que, em sede de recurso extraordinário, reconheceu **repercussão geral** sobre a possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente por falta de provas. No mesmo sentido Enunciado aprovado nas Jornadas de Direito Civil.[52]

Dizendo as ações declaratórias da parentalidade com o estado das pessoas, a envolver direitos indisponíveis, não se operam os efeitos da **revelia** (CPC 345 II). Na ação investigatória de paternidade, diante da **negativa do réu** em submeter-se ao exame de DNA, surgia um impasse: de um lado, o direito à identidade, e, do outro, o direito à integridade física, não havendo a possibilidade de compelir o réu à coleta do material genético. A negativa do réu de submeter-se à perícia vinha em seu benefício. Sua resistência levava à **improcedência** da ação por insuficiência de provas. Essa incongruência

agora se encontra sanada. O Código Civil (231 e 232), Súmula do STJ[53] e o art. 2.º-A da L 8.560/92, geram a presunção de paternidade no caso de o suposto pai se recusar a submeter-se ao exame de DNA. A presunção não é absoluta, uma vez que cabe ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. Desse modo, há que se reconhecer, no mínimo, como desastrosa a alteração da lei, que retrocedeu em muito ao que já vinha sendo reconhecido pela Justiça. Agora, sem indícios outros da paternidade, a singela recusa do réu em se submeter ao exame deixa o filho sem pai.[54]

De qualquer modo, a omissão do demandado não gera definitivamente a impossibilidade de ser buscada a identificação do vínculo familiar. Quando não logra o autor provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, que é filho do réu, o desacolhimento da ação não dispõe de conteúdo **declaratório** de que o réu não é o pai do autor. A **improcedência da ação** não significa a inexistência do vínculo de filiação. Em sede criminal, a ausência de provas enseja a absolvição do réu. Na esfera cível, inexiste essa possibilidade, mas a insuficiência probatória não pode levar a um juízo de improcedência, mediante sentença definitiva.[55]

Nessas demandas, a ausência de prova não permite a formação de um **juízo de convicção.** Não pode restar selado, pelo manto da imutabilidade, que o réu não é o pai do autor. O que ocorre é mera impossibilidade momentânea de identificar a existência - ou concluir pela inexistência - do direito invocado na inicial. Como a omissão probatória não pode ser imputada ao investigante, não há como apená-lo com uma sentença definitiva de reconhecimento da ausência do vínculo de filiação. A deficiência probatória, ou a negligência do réu em subsidiar o juiz para que forme sua convicção, não pode gerar certeza jurídica de inexistência do estado de filiação, a ponto de impedir o retorno do investigante a juízo. O que ocorre é nada mais do que falta de pressuposto eficaz ao desenvolvimento da demanda. A impossibilidade de formação de um juízo de certeza leva à

extinção do processo sem resolução de mérito (CPC 485 IV), e não a uma sentença de mérito. De qualquer forma, mesmo julgada improcedente a ação, a sentença não gera coisa julgada a ponto de inviabilizar a volta ao Judiciário. O vínculo biológico não foi submetido à apreciação judicial. Logo, esse ponto não foi alvo de julgamento. Em consequência, finda a ação por falta de prova, não está impedido o autor de retornar a juízo, buscando a realização da prova pericial para descobrir a verdade biológica e estabelecer o vínculo de filiação.[56]

São situações como essas que levam a questionar qual o interesse prevalente. De um lado, há o **interesse público** na composição dos conflitos, que impõe a consagração da coisa julgada. De outro, está o **direito fundamental à identidade**, um dos atributos da personalidade. No conflito entre esses dois princípios, o instituto da coisa julgada não pode se sobrepor ao direito de livre acesso à Justiça para o reconhecimento do estado de filiação. Assim, a coisa julgada há de ceder toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance. O ajustamento nada mais é do que a adaptação à nova realidade que a sentença não pôde alcançar, mas a revisional poderá.[57]

24.10. Prescrição

O Código Civil (1.601) afirma ser **imprescritível** a ação para o marido contestar a paternidade dos filhos de sua mulher, mas **silencia** sobre o prazo para a propositura da ação investigatória de paternidade. Limita-se a deferir ao filho o prazo de quatro anos, a partir da maioridade, para **impugnar o reconhecimento** de sua paternidade (CC 1.614).

O ECA (27) proclama a **imprescritibilidade** do reconhecimento do estado de filiação, o que levou o STF a sumular a matéria,

reconhecendo como imprescritível a **ação investigatória**, mas não a ação de petição de herança.[58]

Diante do verdadeiro emaranhado de dispositivos legais com comandos contraditórios, várias correntes doutrinárias se formaram, havendo decisões judiciais para todos os gostos. Há quem sustente que o **filho natural** (aquele que não está registrado), mesmo após ter atingido a maioridade, pode investigar a paternidade a qualquer tempo. No entanto, se houve o **registro**, o exercício da ação ficaria condicionado ao lapso de quatro anos da ação anulatória (CC 1.614). E decorrido esse exíguo prazo, que é **decadencial** (e não prescricional), quem foi registrado como filho de alguém não poderia buscar o reconhecimento da filiação biológica ou afetiva.[59]

Não há como deixar de reconhecer que tal posição padece de algumas **inconstitucionalidades**. A afronta ao **princípio da igualdade** é flagrante. O simples fato de alguém ter sido registrado à sua revelia não pode obstaculizar o exercício do direito de descobrir sua origem genética. Nada justifica essa perversa distinção. Inexiste qualquer obstáculo a quem não foi registrado, ou seja, se no seu registro nada esteja escrito no local reservado para o nome do pai. Pode este "filho de ninguém", a **qualquer tempo**, saber quem é o seu pai. Porém, se alguém registrou como seu filho alheio, mesmo sabendo não ser o pai - a chamada adoção "à brasileira" -, descabe limitar a busca da identidade biológica. A mera **existência de um registro** não pode impor **prazo** para a ação de investigação de paternidade. Não dá para obstaculizar o uso de ação imprescritível. Ainda que o ECA proteja crianças e adolescentes, não há como impor limite temporal para maiores de idade intentarem ação para verem reconhecida sua paternidade. A consolidação de uma paternidade ou maternidade socioafetiva não pode impedir que o filho busque conhecer, inclusive judicialmente, sua genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados. Além do direito de personalidade envolvido, manifesto o interesse jurídico em tal descoberta, em face dos impedimentos matrimoniais, do sofrimento psicológico e

emocional decorrente do desconhecimento das origens, das compatibilidades em doações de órgãos, da análise de doenças geneticamente transmissíveis.[60]

Ninguém duvida que o direito à filiação é um **direito à identidade**, que integra o postulado fundamental da personalidade. Assim, a busca da identificação do vínculo de filiação é **personalíssima**, **indisponível** e **imprescritível**, e nada - rigorosamente nada - tem a ver com os prazos decadenciais estabelecidos no Código Civil, no qual se quer ver um limite ao seu exercício.[61] Não há como falar em perda do direito de estado por inércia de seu titular.

24.11. Competência

As demandas que envolvem o reconhecimento da parentalidade não refogem à regra geral da **competência territorial**, ou seja, da residência do réu (CPC 46). Porém, quando uma das partes é criança ou adolescente, a competência se fixa pelo **domicílio do guardião**.[62] Cumulado **pleito alimentar** à ação investigatória, a competência passa a ser a do domicílio do alimentando[63] (CPC 53 II).

O princípio da **imutabilidade da jurisdição** (CPC 43) vem sendo relativizado de modo a melhor atender o interesse de crianças e adolescentes. Assim, ocorrendo a **mudança de domicílio** depois da propositura da ação, possível deslocar o processo para o juízo da nova residência das partes.[64]

O **Ministério Público** tem legitimidade para promover a ação quando o autor é incapaz (CPC 178 II). Esta prerrogativa lhe é expressamente assegurada quando ocorre prévia **averiguação da paternidade** (Lei 8.560/92, 2.º, § 4.º).

Não só o filho tem legitimidade para propor a ação de reconhecimento do vínculo de parentesco. Os seus descendentes podem propor a ação contra os avós ou quaisquer ascendentes, ainda que o genitor não o tenha feito.[65]

A demanda tramita em **segredo de justiça** (CPC 189 II).

Ainda que a ação de reconhecimento seja intentada *post mortem*, tendo por finalidade a inclusão do filho como beneficiário de **pensão previdenciária**, tal não desloca a competência da ação das Varas de Família para a Justiça Federal. A sede para identificar a paternidade é o **juizado da família**. Reconhecido o vínculo de filiação, essa é prova para a habilitação perante o órgão previdenciário, que não pode recusar a decisão judicial, sob o fundamento de não ter participado da demanda.

Reconhecido com a paternidade o **direito à herança**, impositiva a anulação da partilha levada a efeito. Como a demanda tem eficácia declaratória, a filiação tem efeito *ex tunc* e alcança os bens transmitidos aos herdeiros pelo princípio da *saisine*. Caso o investigado tenha feito **testamento**, o reconhecimento da paternidade leva ao seu rompimento, caso o testador não tivesse conhecimento da filiação (CC 1.973).

24.12. Litisconsórcio

A ação deve ser proposta pelo filho contra quem ele aponta ser seu pai. Não dispondo o filho da certeza de quem é o genitor, até por sua genitora ter mantido contatos sexuais com mais de uma pessoa durante o período da concepção, tal não inibe o uso da demanda investigatória de paternidade. Possível que a ação seja movida contra mais de um réu - todos os pais prováveis -, formando-se um **litisconsórcio passivo alternativo eventual**. Submetendo-se todos os demandados ao exame do DNA, fácil será a identificação do genitor. Quanto aos demais, a ação será julgada improcedente.

Promovida a ação de identificação da parentalidade, quem consta no registro como pai deve ser citado. O genitor registral, cujo vínculo com o filho está sendo questionado, precisa integrar a demanda. Trata-se de **litisconsórcio unitário necessário** (CPC 114), pois a sentença de procedência irá afastar o vínculo de filiação. A participação de quem consta no registro como pai é indispensável na ação intentada pelo filho, na ação promovida pelo genitor biológico, bem como na ação declaratória de relação avoenga.[66] Não requerendo o autor a citação, deve o magistrado determiná-la de ofício.

A omissão pode ser suprida inclusive no segundo grau, sem necessidade de ser anulado o processo. Basta o retorno do feito à origem para o ato citatório. Quedando-se silente o **pai registral**, ou ratificando o pedido, voltam os autos à superior instância para julgamento. O processo só será anulado se o citado assim o requerer. Como não acompanhou a instrução, a alegação de **cerceamento de defesa** é de inteira procedência.

Na ação que envolve vínculo de parentalidade não há a necessidade da citação da **genitora do investigante**. A exigência é **descabida**. A eventual procedência da ação não dispõe de qualquer reflexo com relação ao vínculo maternal, não se verificando a necessidade de formação de um litisconsórcio. Não é possível sequer sua participação voluntária na condição de assistente (CPC 119), pois não dispõe a mãe do autor de **interesse jurídico** para figurar na demanda.

24.13. Ônus da prova

A **causa de pedir** das ações que envolvem a paternidade biológica é a **concepção**, que, em regra, decorre do **contato sexual** entre duas pessoas. Como esse tipo de relacionamento acontece, ordinariamente, de forma reservada e a encoberto de testemunhas, a prova do fato constitutivo que sustenta a ação se torna

particularmente dificultosa. Quando a ação é promovida pelo filho, trata-se de probação de ato praticado por terceiros, do qual ele não foi partícipe e é quase mera "consequência", o que só aumenta a dificuldade de amealhar provas. O que vem com a inicial são alegações e a indicação de provas circunstanciais.

Por isso as demandas não obedecem à distribuição dos **encargos probatórios** feita pela lei processual. Nem sempre é possível impor ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (CPC 373 I), delegando-se ao demandado a também impossível demonstração de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado na inicial (CPC 373 II). Neste caso o juiz, na decisão de saneamento, pode definir a **distribuição do ônus da prova** (CPC 373 § 1.º e 357 III). Afinal, se é difícil provar a ocorrência da **relação sexual**, é quase impossível evidenciar que ela não existiu. É o que se chama de inversão dinâmica do ônus da prova. Na demanda investigatória, a prova testemunhal sempre foi usada pelo autor para apontar ocasiões e identificar situações em que os genitores foram vistos em atitudes que evidenciasse a existência de um vínculo afetivo bastante íntimo, a revelar a possibilidade da ocorrência de contatos sexuais entre eles.

Felizmente o DNA acabou com todas essas dificuldades. Ocorre a **inversão** do ônus da prova, pois cabe ao réu provar a não paternidade. Sua omissão em submeter-se ao exame faz presumir a veracidade da declaração materna.[67] Daí as normas do CC 231 e 232 e a Súmula 301 do STJ.[68] A L 8.560/92, que regula o procedimento de averiguação oficiosa da paternidade, também gera a presunção de paternidade no caso de o suposto pai se recusar a submeter-se ao exame de DNA. A presunção não é absoluta, pois cabe ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

24.14. Exceptio plurium concubentium

É tão antiga a mania dos homens de culparem as mulheres, que o **meio de defesa** utilizado para negarem a paternidade é uma expressão latina: *exceptio plurium concubentium.*[69] Sob o fundamento de a mãe ter mantido relacionamentos afetivos com outros homens ao tempo presumível da concepção, corria a exclusão da responsabilidade do investigado. A simples possibilidade de o filho provir de outrem autorizava a exoneração de qualquer responsabilidade. Conforme João Baptista Villela, o *non liquet* (não está claro) importava numa espécie de absolvição prévia, geral e indeterminada: no fundo, uma extensão bem cínica do princípio *in dubio pro reo*, da qual a grande vítima, vê-se logo, era a prostituta.[70]

Dita exceção - ou excrescência - não está e nunca, em tempo algum, constou de qualquer texto legal, mas sempre foi admitida. Como bem lembra Maria Celina Bodin de Moraes, até bem pouco tempo atrás a mulher era obrigada a fazer prova de que não tinha tido relações sexuais com qualquer outro homem para que se desse início ao processo de investigação da paternidade.[71] Na **contestação**, o demandado, apesar de confessar a mantença de contatos sexuais com a mãe do investigante, buscava evidenciar a concomitância de relações com outros parceiros. Com isso se estabelecia a **dúvida**, inseria-se um elemento de incerteza, que levava à improcedência da ação.[72] Agora, de nada serve alegar dúvida de paternidade pela postura de vida da gestora do investigante: se o investigado não tem certeza, que se submeta à prova pericial.

A negativa de realizar o exame significa que o réu **abandonou a prova** que funda sua defesa, e de nada adianta difamar a mãe do autor. Essa linha argumentativa, que afronta a honra da figura materna, configura verdadeira represália ao livre exercício da sexualidade da mulher. Não há como ser aceita. Na decisão de saneamento o juiz delimita as questões de fato, define a distribuição do ônus da

prova e delimita as questões de direito relevantes para a decisão de mérito (CPC 357 II, III e IV). Assim, não deve admitir qualquer referência à vida sexual da mãe do investigante. Inclusive, essa linha de argumentação gera responsabilidade indenizatória por **dano moral**.

O fato é que os significativos índices de certeza do exame de DNA devolveram a liberdade sexual à mulher. A mãe do investigante adquiriu o direito de desfrutar de sua sexualidade, que deixou de servir de fundamento impeditivo à identificação da paternidade.

24.15. Revelia

Das demandas que transitam nas varas de família, certamente as declaratórias de parentalidade sempre foram as que apresentavam maiores dificuldades no campo probatório. Mas foram as ações que mais se beneficiaram com a descoberta dos indicadores genéticos, significativa contribuição para descobrir a verdade consanguínea nas relações de parentesco.

As ações que buscam identificar o estado de filiação são o exemplo clássico do que se chama de **ação de estado**. Por isso ninguém põe em dúvida que não se operam os efeitos da **revelia** (CPC 345 II). Assim, mesmo que o réu seja citado pessoalmente, se não contestar, não há como reputar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (CPC 344). É necessária a produção de **provas**. Cabe acompanhar o raciocínio de Arnoldo Camanho de Assis: *será colhido o depoimento da representante do autor, que certamente vai ratificar os termos da inicial. Quanto às testemunhas, é claro, nada poderão dizer sobre o momento da concepção, já que isso somente seria possível com o auxílio de uma microcâmera. Mas vão falar que sabiam do relacionamento afetivo. Assim, somente a negativa do réu de submeter-se ao DNA (depois de ser marcada a perícia mais de uma vez) é que produzirá os efeitos da revelia. Só que, do decurso do prazo da contestação até ser certificado que o réu não compareceu ao exame, quanto tempo decorreu? O processo demorou esse*

tempo todo e o juiz fez isso tudo para chegar ao fim do processo e decidir com base em mera presunção. E, presunção por presunção, preferível usar a presunção decorrente da revelia.[73]

Alvo de muitas controvérsias é a possibilidade do uso da **ação negatória de paternidade**, instruída com exame negativo do **DNA**, a evidenciar ser fictício o vínculo de filiação declarado em anterior ação de **investigação de paternidade**, na qual o réu havia se quedado **revel**. Ainda mais se acentua o dissídio quando inexiste qualquer aproximação ou vinculação afetiva entre pai e filho, não desfrutando este da posse de estado.

A questão que se coloca diz com a conveniência de se manter como verdade jurídica fato resultante da omissão do réu ao não contestar a ação. Afinal, se está diante de **ação de estado**, que envolve direitos indisponíveis, na qual não se verificam os efeitos confessionais da revelia. Não se pode negar ao genitor, assim declarado judicialmente, legitimidade para vir à Justiça "contestar" a paternidade que lhe foi atribuída.

24.16. Exame de DNA

Nas ações em que se buscava a identificação dos vínculos de filiação, além da prova testemunhal, quase nada mais havia. A **prova pericial**, que em um primeiro momento identificava exclusivamente os grupos sanguíneos, era de pouca valia para revelar a paternidade. A evolução científica veio revolucionar o reconhecimento da relação parental através de técnicas sofisticadas e métodos cada vez mais seguros de identificação dos indicadores genéticos, tornando-os meio probatório por excelência.

Com o exame de DNA surgiu a possibilidade de substituir a verdade ficta pela verdade real.[74] Mas a realização dessa prova apresenta dupla ordem de dificuldade. Em primeiro lugar, é necessário

que haja a **participação** do demandado para a sua realização. Ainda que exista o dever de ambas as partes de colaborar com a Justiça (CPC 378), não há como impor ao réu que se submeta à coleta de material, ainda que o exame possa ser realizado com apenas um fio de cabelo. Mesmo assim a resistência do réu é respeitada. O direito à **integridade física** configura verdadeiro **direito subjetivo da personalidade**, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo ao servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, do vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade.[75] Mas o direito à intangibilidade do corpo humano do suposto pai, que protege **interesse privado**, deve dar lugar ao direito à identidade da criança, que salvaguarda, em última análise, um **interesse público**, representado pela dignidade da pessoa humana.[76]

A **negativa do réu** em submeter-se ao exame acabava esvaziando a ação de conteúdo probatório, o que desaguava em uma sentença de **improcedência**. Ou seja, a omissão do demandado sempre veio em seu benefício. Apesar do que diz o Código Civil (231): *Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa;* (232*): A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*. A matéria acabou sumulada pelo STJ[77] e está prevista na L 8.560/92.[78] Ainda assim a recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA acarreta a relativa presunção da paternidade, pois deve ser apreciada "em conjunto com o contexto probatório".

As consequências de tal exigência são perversas. Subtrai do filho o direito à identidade, o mais significativo dos atributos da personalidade. Também afeta o seu pleno desenvolvimento, pois deixa de contar com o auxílio de quem deveria assumir as responsabilidades parentais. Claro que a mãe acaba onerada por ter de abraçar

sozinha encargo que não é só seu. Afinal, ninguém vai querer assumir a paternidade, que impõe obrigações e encargos, se tem a chance de relegar tais responsabilidades para um futuro às vezes bem distante, ao protelar ao protelar o desfecho da ação.

Há que se reconhecer a diferença de consequências de quem se recusa a submeter-se à perícia. Quando a negativa é do suposto pai, réu da ação investigatória de paternidade, a presunção lhe é contrária. Já quando é o filho que não quer fazer o exame, não há presunção negativa em face de seu comportamento.[79] O fato é que, pelo que diz a lei, a **postura omissiva** do réu induz à **presunção de paternidade**, o que deveria levar à **procedência da ação**. Não pode ser outra a solução. A resistência do réu é suficiente para provar a paternidade. Mesmo que inexistam provas outras, sua omissão, por si só, justifica o acolhimento da demanda, sob pena de o direito à identidade deixar de ser uma questão de **ordem pública**.

A doutrina tece severas críticas a esses dispositivos legais e à própria súmula. Assim, Paulo Lôbo, que estampa sua inconformidade já no título do seu trabalho: Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. Diz ele que é criada desnecessariamente mais uma presunção no direito de família: a da confissão ficta ou da paternidade não provada.[80] E vai além: *a súmula é totalmente inútil, equivocada em seus fundamentos e violadora de princípios constitucionais.*[81]

Outro empecilho que se vislumbra é de natureza prática: o elevado **custo do exame** de DNA. Em quase todos os Estados, o exame é realizado gratuitamente a quem milita com o benefício da **assistência judiciária gratuita**. No entanto, em face do expressivo número de exames a serem levados a efeito, o que se verifica é um tempo de espera muito grande, às vezes de vários anos. Durante esse período não se encontram sequer fixados alimentos provisórios, o que o deixa o autor em situação deveras aflitiva.

Porém, nada justifica onerar o Estado com tal custo quando o réu não faz jus ao benefício da gratuidade. Militando o autor sob o pálio da justiça gratuita e não dispondo de recursos para arcar com o pagamento dos testes, impositivo que seja **atribuído ao réu** o ônus de pagar o exame. Ao ser determinada a perícia, o encargo deve ser imposto ao demandado. Como nessas demandas ocorre a **inversão** dos encargos probatórios, tal estende-se também ao adiantamento das despesas referentes às provas (CPC 82 § 1.º). O autor afirma a paternidade, o réu se opõe. Faz-se necessária prova cujo valor é de ser antecipado pelo réu. Omitindo-se o réu em proceder ao depósito do valor do exame pericial, isso configura recusa injustificada, gerando os efeitos confessionais previstos na lei (CC 231 e 232).

O pagamento do custo do exame, inclusive, pode ser determinado a título de **alimentos provisórios** e, o não pagamento dá ensejo inclusive ao processo executório sob a modalidade de prisão (CPC 911).

24.17. Desistência da ação

Proposta a ação declaratória de paternidade, e sendo o **autor maior de idade**, ele pode desistir da ação, o que enseja a **extinção do processo sem resolução de mérito** (CPC 485 VIII). Tal não implica, contudo, em **renúncia ao direito**, tanto que pode, a qualquer momento, intentar nova ação. No entanto, proposta a demanda por **menor de idade**, representado ou assistido pela mãe (CPC 71), inexiste a possibilidade de desistência. Como a genitora apenas representa o filho, eventual pedido nesse sentido evidencia falta de zelo pelo interesse da criança, a subtrair a possibilidade de continuar a representá-la em juízo. Nessa hipótese, cabe a nomeação do defensor público como **curador especial**, para prosseguir a ação em nome do autor (CPC 72 I e parágrafo único).[82]

Como o **Ministério Público** tem legitimidade para propor ação investigatória (L 8.560/92 2.º § 4.º), pode dar seguimento à ação, como **substituto processual**, quando houver desídia da representante do investigante.[83]

24.18. Averiguação judicial da paternidade

De posse da declaração de nascido vivo, fornecida pelo hospital onde ocorreu o nascimento,[84] a mãe pode registrar o filho sem necessidade de qualquer procedimento ou ação. Não distingue a lei o fato de a **mãe** ser ou não casada. Sendo ela **casada**, basta apresentar a **certidão de casamento**, para registrar o filho também no nome do marido, independentemente de ser ele o genitor, de estarem separados de fato ou até separados de corpos.

De outro lado, mesmo se a mãe for casada com o pai de seu filho, ou com outrem, pode se negar a declinar o nome do genitor.

Porém, na ausência da **prova do casamento**, nenhum dos pais pode registrar o filho em nome do outro genitor (LRP 59). Sequer existindo prova da **união estável** - sentença judicial, escritura pública ou contrato de convivência - tal possibilidade de um dos genitores de proceder ao registro não existe.

Em face de tal impasse, a L 8.560/92 criou um procedimento de **caráter administrativo**, para induzir o genitor omisso a proceder ao registro do nascimento do filho "havido fora do casamento". Não se trata de ação, mas de procedimento de **jurisdição voluntária**, provocado pelo oficial do registro civil e desencadeado pelo juiz. É um meio-termo entre reconhecimento voluntário e compulsório.

No momento do registro, quando a mãe é indagada sobre o genitor, se ela quiser, indica quem é o pai, fornecendo seu nome e todos os elementos necessários à sua localização. Independentemente do

fato de ela ser casada, inexiste impedimento para que desencadeie o procedimento investigatório frente a quem afirma ser o pai de seu filho. Instaura-se, assim, na **vara dos registros públicos**, a averiguação oficiosa que é encaminhada à Justiça. O juiz ouve a genitora e determina a notificação do suposto pai, em segredo de justiça quando necessário, isto é, no caso de ser ele casado. Confirmando o indigitado genitor a paternidade, procede-se à **lavratura de um termo**, a ser levado a registro.

Negando a filiação que lhe é atribuída, ou permanecendo em **silêncio**, pelo prazo de 30 dias, o juiz não pode determinar a realização do exame do DNA, única prova segura da existência do vínculo parental. Limita-se a encaminhar o procedimento ao Ministério Público para que dê início à **ação investigatória de paternidade.** Mesmo que tenha sido notificado judicialmente, o indigitado pai deverá ser citado, de nada servindo a notificação levada a efeito judicialmente, nem para desencadear a ação ou, ao menos, para servir de marco inicial ao encargo alimentar. Somente na hipótese de a criança ser encaminhada à **adoção** é dispensável o ajuizamento da ação investigatória (ECA 102 § 4.º e L 8.650/92 2.º § 5.º).

O Ministério Público dispõe de **legitimidade extraordinária**, para propor a ação como substituto processual. Essa iniciativa não impede que o menor de idade, devidamente representado pela mãe, intervenha no processo como **assistente litisconsorcial** (CPC 18 parágrafo único). Também pode intentar outra ação investigatória. Nessa hipótese, haverá **duas demandas**: uma promovida pelo Ministério Público e outra intentada pela criança ou adolescente. Em face da **identidade de ações**, há litispendência (CPC 337 § 3.º). Apesar de a ação intentada pelo Ministério Público, ter sido proposta em primeiro lugar, em face de sua natureza subsidiária, é ela que deve ser extinta sem resolução de mérito (CPC 485 V).

Julgada procedente a demanda, o juiz, por expressa determinação legal, fixa **alimentos** ao autor (L 8.560/92 7.º). Mesmo não

tendo sido requeridos alimentos, devem ser arbitrados, pois é presumida a necessidade de quem é menor de idade.[85] A falta de fixação dos alimentos torna a sentença *citra petita*, devendo ou ser **anulada** ou a omissão ser **suprida** em sede recursal. A lei de processo autoriza a complementação (CPC 1.013 § 1.º).

O procedimento investigatório é dirigido contra quem foi indicado como sendo o genitor. Ocorrido o seu falecimento, não é necessária a propositura de ação de investigação de paternidade, sendo possível o uso do procedimento de averiguação oficiosa dirigida contra a sucessão. Podem os avós paternos espontaneamente reconhecer a paternidade.

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ instituiu o programa **Pai presente**,[86] determinando que as corregedorias dos Tribunais de Justiça de todos os Estados encaminhem aos juízes os nomes dos alunos matriculados sem o nome do pai, para que deem início ao procedimento de averiguação da paternidade. Novo provimento[87] admite que, a qualquer tempo, a mãe - ou o filho depois de atingir a maioridade - procure um Cartório do Registro Civil, indicando o nome do indigitado pai. Ao receber o termo lavrado pelo registrador, o juiz instaura o procedimento de averiguação. Deve chamar a mãe para que declare quem é o suposto pai. Este é intimado a dizer se assume ou não a paternidade. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias para que seja feito o exame de DNA. Caso não houver o reconhecimento espontâneo da paternidade, nada acontece. É necessário que o Ministério Público ou a Defensoria Pública dê início à ação investigatória de paternidade.

Decreto presidencial[88] determinou a padronização dos registros de nascimento, com a criação de numeração única à **Declaração de Nascido Vivo** - DNV. O CNJ regulamentou a determinação e implantou o **Plano Social de Registro Civil de Nascimento e**

Documentação Básica, visando à erradicação do sub-registro civil de nascimento.[89]

De forma absolutamente fora do lugar, foi acrescentado um artigo à L 8.560/92, gerando a **presunção de paternidade** no caso de o suposto pai se recusar a submeter-se ao exame de DNA. A presunção não é **absoluta**, pois cabe ser apreciada em conjunto com o **contexto probatório**. Caso não existam essas outras provas, a paternidade não é declarada. Não se reconhece que o réu, ao não se submeter à perícia, abriu mão do direito de provar fato extintivo do direito afirmado na inicial, de ser ele o pai do autor. Ou seja, a recusa não autoriza - como deveria - o registro em nome do genitor que não assume a paternidade e se nega a fazer o teste.

Não têm qualquer significado nem a palavra da mãe nem a do filho. Para o registro é indispensável a confissão do pai. Ainda que tenha ele sido convocado judicialmente, o seu silêncio ou singela negativa não gera qualquer consequência. O procedimento levado a efeito de nada valeu, não gera qualquer ônus, não tem nenhuma eficácia. Não supre sequer a necessidade de ser o réu citado na ação investigatória de paternidade.

Mais uma vez resta escancarado o exacerbado protecionismo ao homem, que acaba sendo o grande beneficiado. Afinal, sempre teve direito ao livre exercício da sexualidade, como prova de virilidade, alvo da admiração e inveja de todos. A sociedade é conivente com sua postura irresponsável, pela qual paga - ou deveria pagar - o próprio Estado, que precisa cumprir o comando constitucional de assegurar a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à cidadania.

A forma mais eficaz de assegurar direito ao registro seria notificar o indicado como genitor para reconhecer o filho ou comparecer em dia e hora já designados para submeter-se ao exame do DNA. O silêncio ou a ausência à perícia deveria autorizar a expedição do

mandado de registro e a imposição do **encargo alimentar**. Caso queira alegar a inexistência do vínculo, ele que entre na Justiça buscando a desconstituição do registro. Até ser eventualmente anulado, é ele o pai, devendo assumir todos os encargos decorrentes.

Mesmo que o filho resulte de uma **relação incestuosa**, em que os pais estão ligados por vínculos próximos de parentesco, não há qualquer restrição ao registro. Não existe impedimento ao reconhecimento espontâneo e nem à iniciativa judicial para a identificação da paternidade, quer via averiguação, quer via ação investigatória.

24.19. Alimentos

Para a concessão de **alimentos provisórios** é necessária a prova da obrigação alimentar (LA 2.º). Como a ação investigatória de paternidade busca exatamente a comprovação do vínculo de filiação, em princípio, somente depois de reconhecido é que o filho, de posse da certidão de nascimento, poderia pleitear alimentos por meio de demanda alimentar. Muitas vezes, porém, as ações de reconhecimento da paternidade se arrastam por anos, e o autor fica completamente desamparado. Enquanto não ultimado o processo, não haveria obrigação de prestar alimentos, a estimular posturas procrastinatórias para evitar o seu fim. Atentando a esta realidade passou a jurisprudência a admitir a **cumulação das ações investigatória e de alimentos**. Na sentença, ao ser declarada a paternidade, é imposta a obrigação alimentar. Nessa hipótese, inclusive, a competência para a ação é o domicílio do alimentando, conforme sumulado pelo STJ.[90]

Ainda assim, estabelecidos alimentos somente no provimento final, persistia a tendência do réu de retardar o momento da sentença, pois até lá não lhe era imposto o encargo. Em boa hora passaram os juízes a fixar **alimentos provisórios** na ação investigatória, bastando que venham, com a inicial, indícios da paternidade: cartas

fazendo referência ao filho, fotos com a criança, enfim, qualquer documento permite a **antecipação de tutela**. Ausentes tais provas e negados os alimentos provisórios, cabem ser deferidos no momento em que aporte aos autos **indícios** fortes da paternidade. O resultado positivo do DNA, ou até a injustificável recusa do investigado a submeter-se à perícia, autoriza a fixação dos alimentos a qualquer tempo.

A possibilidade de cumulação não gera somente a antecipação dos alimentos antes do fim da demanda. A grande vantagem em cumular a ação de investigação e de alimentos é que estes são devidos de imediato, a partir da data da decisão que os concede. O recurso não dispõe de **efeito suspensivo**, no que diz respeito com a verba alimentar (CPC 1.012 II). Somente a questão da paternidade se sujeita ao duplo efeito. Mas as vantagens não terminam por aí. Os alimentos fixados na sentença **retroagem** à data da citação (LA 13 § 2.º). A matéria encontra-se inclusive sumulada pelo STJ.[91]

No entanto, pai é pai desde a **concepção** do filho, e é preciso dar efetividade ao princípio da **paternidade responsável**. O simples fato de não assumir o genitor a responsabilidade parental não pode desonerá-lo de todos os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar. O filho necessita de cuidados durante a vida intrauterina, a mãe deve submeter-se a exames pré-natais e o parto sempre gera despesas, ainda que feito pelo SUS. Durante a gravidez, a mãe precisa de roupas especiais e alimentação adequada. Por isso, a possibilidade da concessão de **alimentos gravídicos**, nada mais do que a possibilidade de serem deferidos alimentos a partir da concepção, encargo que permanece após o nascimento do filho, independentemente do reconhecimento do genitor. A ação de alimentos gravídicos não precisa ser cumulada com demanda de reconhecimento da paternidade. Basta serem indicados indícios do vínculo parental.[92]

Como a ação investigatória de paternidade tem carga eficacial **declaratória,** seus efeitos deveriam retroagir à data da **concepção**. Nada justifica livrar o genitor da obrigação de pagar alimentos se tinha ciência da gravidez e se negou a reconhecer o filho. Claro que a **alegação do réu** sempre é de que **desconhecia a gravidez**, não sabia do nascimento do filho e não tinha sequer conhecimento de que ele existia, só vindo a saber do acontecido quando citado para a ação investigatória. Nessas ações, como pode ocorrer a inversão dos encargos probatórios (CPC 373 § 1.º), deve o autor declinar as circunstâncias em que o réu teve ciência da sua concepção, do seu nascimento ou da sua existência. Cabe ao demandado comprovar que desconhecia ser o pai do autor antes de ter sido citado para a ação. Identificado o momento em que tomou ciência da paternidade, ao menos este deveria ser o marco inicial da obrigação alimentar. De qualquer forma, o desconhecimento da condição do pai não pode dispensar os encargos decorrentes do poder familiar. Assim, sabendo ou não da gravidez, independentemente de quando foi proposta a ação, há débito alimentar desde a concepção. Como a mãe proveu sozinha às necessidades do filho, ao menos a título de **sub-rogação** pode ela buscar o reembolso do que pagou, o que enseja a fixação dos alimentos com efeito retroativo. No entanto, a jurisprudência insiste em estabelecer como marco inicial dos alimentos a citação.[93]

Quando se omite o autor em pedir, deve o juiz fixar a verba alimentícia **de ofício.**[94] A justificativa é singela. A lei que regulamenta o procedimento oficioso de reconhecimento da paternidade confere ao **Ministério Público** legitimidade para ajuizar a ação investigatória (L 8.560/92 2.º § 4.º). A iniciativa conferida ao Ministério Público é concorrente, não impedindo a quem tenha legítimo interesse de intentar a ação (L 8.560/92 2.º § 6.º). De tal sorte, a determinação de que sejam fixados os alimentos não é aplicável somente aos casos em que a demanda foi proposta pelo órgão ministerial. O dispositivo é claro (L 8.560/92 7.º): *Sempre que na sentença de primeiro grau se*

reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite. A norma dirige **comando cogente** ao juiz, que deve fixar os **alimentos provisórios -** já que não mais existem alimentos provisionais **-** quando do início da ação e **alimentos definitivos** na sentença que julga procedente a ação declaratória de paternidade. Não há necessidade sequer de pedido expresso do autor. Trata-se de **pedido implícito**, objeto de cumulação própria sucessiva.[95] Aplica-se a regra tanto em investigatórias ajuizadas pelo Ministério Público, quanto nas intentadas por **qualquer legitimado**.

Deixando o magistrado de atender a tal imposição, cabível fixar a verba em **sede recursal**, ainda que o recurso tenha sido interposto pelo réu e não haja recurso do investigante. Não se trata de *reformatio in pejus*, uma vez que ficam submetidas ao tribunal todas as questões anteriores à sentença ainda não decididas (CPC 1.013 § 1.º). De qualquer forma, a sentença ficou aquém do seu limite, ou seja, é *citra petita*, e das duas, uma: ou o tribunal **anula** a sentença para que o juiz a complete, fixando os alimentos, ou o próprio acórdão estabelece o encargo alimentar. Ainda assim, anulada a sentença, impositivo que, no segundo grau, sejam fixados **alimentos provisórios**, a vigorar de imediato. O juízo de procedência do primeiro grau é forte indício da paternidade, o que autoriza a sua fixação.

Diante do injustificável **erro do procurador** do autor em não pedir alimentos e da **omissão do juiz** em não fixá-los, ao relator cabe suprir a lacuna da sentença. Caso contrário, o grande prejudicado será o investigante que, muitas vezes, não vai ter os meios indispensáveis à sua subsistência. De todo descabido que, mesmo depois de reconhecida a paternidade, fique sem a verba alimentar até que intente **ação própria.** Como na ação de alimentos os provisórios são devidos desde a **decisão inicial** (LA 4.º), enorme a lesão se não for estabelecido o encargo na ação investigatória. Isso porque, durante o longo caminho percorrido da citação na ação de investigação

até a propositura da ação de alimentos, não há como deixar o filho absolutamente desassistido. Com isso não pode compactuar a Justiça.

Desde o momento em que se passou a reconhecer a relevância do vínculo de convívio do filho com o genitor, bem como que a omissão gera **dano afetivo** passível de indenização, à ação investigatória de paternidade é possível cumular pedido de indenização por abandono afetivo.[96] A única possibilidade de livrar-se o genitor do encargo indenizatório é comprovar que não sabia da existência do filho, o que desconfigura abandono.

Na **ação negatória da paternidade**, descabe a suspensão liminar do encargo alimentar, mesmo que a ação venha instruída com o exame do DNA comprovando a inexistência do vínculo biológico. Isso porque há possibilidade de ser mantida a relação parental caso seja reconhecida a existência de filiação socioafetiva com o pai registral.[97]

Mesmo excluída a paternidade, o encargo alimentar persiste até o trânsito em julgado da sentença.[98]

Leitura complementar

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família:* aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Ed. RT, 1995. vol. 2, p. 170-185.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Idiossincrasias dos recursos de apelação e de embargos declaratórios nas ações de investigação de parentalidade: a necessidade de uma compreensão cuidadosa em razão do bem jurídico protegido. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 163-193.

NICOLAU JR., Mauro. *Paternidade e coisa julgada:* limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

TARTUCE, Fernanda. A ampliação da noção de paternidade e sua prova no processo. In: CARVALHO NETO, Inácio (coord.). *Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 367-400.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

1

Sérgio Gischkow Pereira, Direito de família:..., 79.

2

Maria Celina Bodin de Moraes, A família democrática, 639.

3

Wania A. Campos e Luciana C. D. de Figueiredo, O direito à busca da origem genética..., 358.

4

Agravo regimental. Direito de família. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade da pretensão. 1. Esta Corte preconiza que se o autor pleiteia a investigação de sua paternidade, a pretensão é imprescritível, estando subsumido no pedido principal o cancelamento do registro anterior, como decorrência lógica da procedência daquela ação. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.422.611, 4.ª T.,Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/09/2014).

5

[5] Investigação de paternidade cumulada com alteração de registro civil. Existência de interesse processual. Considerando que o autor alega que o seu registro civil não espelha a verdade e que seu pai registral não é o pai biológico e pretende investigar a paternidade, indicando o nome do seu genitor, é evidente que há possibilidade jurídica do pedido, já que se trata de ação de estado, e o seu interesse é juridicamente protegido, pois pretende a retificação do seu registro de nascimento, não sendo possível cogitar de carência de ação, seja pela ausência de possibilidade jurídica ou de interesse processual. Recurso provido. (TJRS, AC 70059648204, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 02/07/2014).

6

Rosa Maria de Andrade Nery, Manual de direito civil: família, 306.

7

Manifestação de existência de repercussão geral. Plenário virtual. Recurso extraordinário com agravo. Civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, caput, da Constituição Federal. 1. A prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica é relevante sob os pontos de vista econômico, jurídico e social, configurando, destarte, a existência do requisito da repercussão geral. (STF, ARE 692.186 RG-PB, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/11/2012).

8

Sérgio Gischkow Pereira, A investigação de paternidade e o art. 1.614 do CC, 118.

9

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Investigação de paternidade. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Paternidade socioafetiva. Impedimento para o reconhecimento da paternidade biológica. Não ocorrência. Ação proposta pelo filho. Agravo não provido. (...) 2. A existência de relação socioafetiva com o pai registral não impede o reconhecimento dos vínculos biológicos quando a investigação de paternidade é demandada por iniciativa do próprio filho, uma vez que a pretensão deduzida fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado

no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III). Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Agr. em REsp 678.600-SP (2015/0053479-2), 4.ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 26/05/2015).

10

[10] Ação de investigação de paternidade. Paternidade registral e biológica. Direito à identidade biológica. Em se tratando de pedido de investigação de paternidade biológica, o vínculo de afeto entre o investigante e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70059793620, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 02/07/2014).

11

Ação negatória de paternidade e extinção de obrigação alimentar. Ausência de vínculo biológico. Vínculo socioafetivo existente. Paternidade não afastada. Recurso não provido. É possível a anulação do registro de nascimento de infante se demonstrado, por meio de prova cabal, a ocorrência de vício de consentimento do "pai registral", nos exatos termos do art. 1.604 do Código Civil. "Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento." (STJ - REsp 1.003.628). Recurso não provido. (TJMG, AC 0172.08.015825-3/002, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, j. 25/09/2014).

12

Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e petição de herança. Vínculo biológico. Paternidade socioafetiva. Identidade genética. Ancestralidade. Direitos sucessórios. (...) 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência

moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 5. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.274.240/SC, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/10/2013).

13

Wania A. Campos e Luciana C. D. de Figueiredo, O direito à busca da origem genética..., 358.

14

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, t. IX, 99.

15

Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

16

Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:..., 510.

17

Investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Legitimidade passiva da viúva meeira. (...) 1. A viúva meeira é parte legitima para figurar no polo passivo da ação de investigação de paternidade movida contra seu falecido marido. 2. Embora seja possível, na ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, a determinação de reserva de bens no processo de inventário, consoante autoriza o art. 798 do CPC, é preciso que tal pleito seja deduzido no curso do processo e devidamente comprovados os pressupostos para a tutela cautelar, que são o fumus boni juris e o periculum in mora, sendo inadmissível que tal pretensão seja deduzida somente em sede recursal, devendo tal pleito se alvo de ação própria, se for o caso. Recursos principal e adesivo

desprovidos. (TJRS, AC 70057904062, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29/01/2014).

18

Recurso especial. Família. Ação negatória de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido: Arts. 1.604 e 1.609 do Código Civil. (...) 2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC/02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5. Mesmo que não tenha ficado demonstrada a construção de qualquer vínculo de afetividade entre as partes, no decorrer de mais de 50 anos, a dúvida que o recorrente confessa que sempre existiu, mesmo antes da criança da nascer, de que ele era seu filho, já é suficiente para afastar a ocorrência do vício de consentimento - erro - no momento do registro voluntário. 6. No entendimento desta Corte, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento, é necessária prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. 7. Recurso especial desprovido.(STJ, REsp 1.433.470/RS, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/05/2014).

19

Ação anulatória de reconhecimento de paternidade impropriamente denominada "negatória de paternidade". Indeferimento da inicial. Ausência de alegação de erro ou qualquer outro vício de consentimento capaz de macular o ato na origem. Impossibilidade jurídica do pedido. 1. O pedido de anulação do reconhecimento espontâneo de paternidade é juridicamente possível sob o argumento da existência de vício de consentimento capaz de macular o ato em sua origem, com fundamento no art. 1.604 do Código Civil. 2. Da atenta leitura da inicial não se extrai, em uma linha sequer, a mais tênue alegação de erro ou qualquer outro vício de consentimento. Pelo contrário, o próprio autor afirma e reconhece não ter acreditado na possibilidade de ser o pai biológico da requerida, mas, ainda assim, por livre e espontânea vontade, registrou a criança. Considerando que tal manifestação de vontade se deu por ato voluntário, ainda que "impensado", como refere o autor, não se afigura juridicamente possível o seu desfazimento sob o argumento de que, posteriormente, a genitora da requerida afirmou que a menina não é filha biológica do apelante. Assim, correta a extinção do feito sem julgamento de

mérito, pois diante da causa de pedir declinada na inicial, o pedido é juridicamente impossível e não merece trânsito. Por maioria, negaram provimento. (TJRS, AC 70058098401, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 20/03/2014).

20

Ação de nulidade de registro de nascimento. Exclusão do genitor. Adoção à brasileira. Paternidade socioafetiva. Ainda que a prova coligida indique que o pai registral não é o pai biológico, constatada a paternidade socioafetiva, a ação deve ser julgada improcedente, em observância ao melhor interesse da criança. Deram provimento ao apelo. (TJRS, AC 70063269963, 8.ª C. Cív., Rel. Alzir Felippe Schmitz, j. 21/05/2015).

21

[21] Ação anulatória de registro de nascimento. Anseio dos avós registrais em ver revista a qualificação paterna no registro da criança. Demonstração de existência de relação paterno-filial entre o pai socioafetivo e a criança. Prevalência dos interesses da menor. Provimento negado. A filiação socioafetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a ideia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. Não se encontra um verdadeiro vício do consentimento em razão de erro, na medida em que o pai registral tinha conhecimento de que poderia não ser o pai biológico da criança. (TJMG, AC 1.0362.09.099740-8/001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, p. 12/09/2013).

22

Declaratória de inexistência de filiação. Interesse. Existência. I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha. II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no direito de família. III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de

nascimento da recorrida. IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda - in status assertionis -, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC. Recurso não provido. (STJ, REsp 1.259.460/SP (2011/0063323-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/06/2012).

23

Roberto Paulino de Albuquerque Jr., A filiação socioafetiva..., 72.

24

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 303.

25

Jorge Shiguemitsu Fujita, Filiação, 195.

26

Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:..., 147.

27

Maria Celina Bodin de Moraes, A família democrática, 639.

28

Negatória de paternidade. Revelia do menor demandado. Efeitos do art. 319, do CPC. Incidência, entretanto, do disposto no art. 320, II, do mesmo estatuto. Fortes dúvidas, do autor, acerca da paternidade do menor. Reconhecimento voluntário, ainda assim, da paternidade em anterior demanda judicial. Coação por parte da autoridade judiciária. Alegação não comprovada. Exame de DNA. Vinculação genética afastada. Hipóteses do art. 1.604 do CC, no entanto, não delineadas nos autos. Vinculação socioafetiva. Ausência ou ruptura não comprovadas. Sobreposição da verdade registral à verdade biológica. Sentença de improcedência. Confirmação. Reclamo recursal desatendido. (...) (TJSC, AC 2012.064587-0, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 19/06/2013).

29

Negatória de paternidade c/c nulidade de registro de nascimento. DNA. Exame. Resultado negativo. Socioafetividade. Inexistência. Registro civil. Modificação. Verdade real. Possibilidade. Recurso improvido. 1. Precedente do Superior

Tribunal de Justiça: "não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que 'em conformidade com os princípios do Código de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva' (REsp 1.059.214/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 16/02/2012, *DJE* 12.03.2012)" (REsp 1.115.428/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 27/08/2013, *DJE* 27.09.2013). (TJAC, AgRg 00027924020118010000, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Eva Evangelista de Araújo Souza, p. 08/08/2014).

30

Negatória de paternidade. Exame de DNA conclusivo pela exclusão da paternidade. Prova da falta de conhecimento da realidade biológica acerca da paternidade à época do registro que se mostra diabólica. Paternidade socioafetiva. Laços entre autor e a criança que surgiram da presunção de paternidade. Ausência de prova de que o vínculo se manteve. Relação que não pode ser mantida a força. Recurso desprovido. (TJSP, AC 00142143920138260002, 4.ª C. Dir. Privado., Rel. Des. Milton Carvalho, j. 30/10/2014).

31

Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA indicando o vínculo da autora com o réu. Sentença declarando o liame biológico e determinando, inclusive, a anulação do assento civil efetuado em nome do pai registral. Insurgência do demandado. Tese de que a parentalidade socioafetiva, firmada a partir de uma "adoção à brasileira", torna-se irrevogável, sobrepondo-se a eventual laço sanguíneo. Insubsistência. Indícios de manutenção meramente formal da filiação outrora voluntariamente reconhecida. Esvaziamento do conteúdo axiológico da paternidade registral. Pretensão da filha não obstaculizada por representar direito personalíssimo. Reconhecimento da paternidade biológica que se impõe como corolário da liberdade e responsabilidade no exercício do planejamento familiar. Recurso conhecido e desprovido. Observa-se que o direito tem tentado, nas últimas décadas, conformar a celeuma em torno da verdadeira paternidade ao paradigma da socioafetividade, até mesmo em prestígio da própria dignidade do filho, em uma franca tentativa de preservar-lhe a construção dos liames de afeto, confiança e solidariedade nas relações familiares e parentais. De outro vértice, a parentalidade biológica exsurge como corolário do primado da paternidade responsável, ou seja, do planejamento familiar livre e consciente, ao mesmo tempo em que se impõe como consequência da isonomia jurídica entre os filhos, independente da

origem da filiação. No caso, a verificação de uma paternidade meramente formal, que aparentemente sequer se confirma como socioafetiva, uma vez que o pai registral não se opõe à pretensão autoral, não pode nem deve obscurecer a preexistência de uma paternidade genética que, a toda evidência, merece irradiar seus efeitos também no plano jurídico. (TJSC, AC 2012.062032-8, 6.ª C. Dir. Cív., Rel. Des. Ronei Danielli, j. 31/10/2013).

32

Anulatória de registro civil. Vínculo socioafetivo não demonstrado. Pedido acolhido. Melhor interesse da criança. Sentença mantida. 1. Afastada a paternidade biológica e não demonstrada a socioafetiva, inviável a paternidade registral devendo ser anulado o assento de nascimento, resguardando-se o melhor interesse da criança. 2. Inexistindo qualquer vínculo entre o pai registral e a criança, inaceitável ordenar, a quem não é o pai biológico nem afetivo, as obrigações de cuidado e amparo. 3. Desfeito o registro de nascimento, e afastada a paternidade socioafetiva, não subsiste a obrigação alimentar. (TJMG, AC 1.0525.11.002856-6/001, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Washington Ferreira, j. 05/03/2013).

33

Ação negatória de paternidade. Anulação de registro de nascimento. Vícios. Ausência de comprovação. Paternidade socioafetiva reconhecida. Manutenção da sentença. 1. O reconhecimento da paternidade é ato irretratável, pode ser anulado apenas quando comprovado que o ato se acha inquinado de vício, além da ausência de qualquer relação afetiva desenvolvida entre o genitor e o infante, o que não se observa na hipótese em comento. 2. Recurso desprovido. (TJMG, AC 1.0153.12.006327-3/001, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, p. 02/06/2014).

34

Ação anulatória de reconhecimento de paternidade. Alegação de vício da manifestação de vontade. Erro. Vínculo biológico afastado pelo exame de DNA. Paternidade socioafetiva não caracterizada. Anulação do registro. Medida que se impõe. Sentença mantida. Se o reconhecimento da paternidade foi pautado em falsa percepção da realidade, a manifestação de vontade está viciada pelo erro, autorizando a anulação do ato jurídico praticado. Demonstrado por meio de exames idôneos de DNA, que não há vínculo biológico entre os litigantes, e inexistindo comprovação dos pressupostos da chamada paternidade socioafetiva, é de rigor a anulação do registro. Se é certo que a criança tem o direito de ter preservado o seu estado de filiação, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, também é certo que o pai tem o direito de contestar a

paternidade, em razão do estabelecimento da verdade biológica, cumprindo ressaltar que o menor mantém o direito de perseguir a sua ascendência genética em ação investigatória de paternidade, com todas as consequências daí advindas. Recurso não provido. (TJMG, AC 10672041487998001, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, j. 29/04/2014).

35

Ação negatória de paternidade. Registro civil. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável, nos termos do que dispõem o artigo 1.º da Lei 8.560/92 e artigo 1.609 do CCB, impondo-se que seja provada a ocorrência de algum dos vícios do ato jurídico, ou seja, erro, dolo, coação, simulação ou fraude, para que se possa admitir a anulação do registro civil. Inexistindo vício de consentimento, inviável desconstituir a paternidade livremente assumida. O simples arrependimento e a alegada ausência de liame afetivo não são suficientes para desconstituir a paternidade registral. Negaram provimento ao recurso. (TJRS, AC 70064132723, 8.ª C. Cív., Rel. Alzir Felippe Schmitz, j. 07/05/2015).

36

Enunciado 513 do CJF: O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.

37

[37] Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 114.

38

Em tradução livre: a mãe é sempre certa.

39

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 103.

40

Negatória. Maternidade socioafetiva. Trata-se, na origem, de ação negatória de maternidade cumulada com pedido de anulação de assento de nascimento ajuizada pela ora recorrente contra a ora recorrida, à época menor, representada por seu tutor. Alega, em seu pedido, falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe, que registrou filha recém-nascida de outrem como sua. O tribunal a quo afirmou como espontâneo o reconhecimento da maternidade, e a anulação do assento de nascimento da criança apenas poderia ser feita na presença de prova

robusta, qual seja de que a mãe teria sido induzida a erro por desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. No caso, inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração de vontade da mãe, que um dia declarou, perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe de criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. A diferença de registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsiderava a verdade sobre o aspecto genético, somente pode ser pleiteada por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída, e os efeitos daí decorrentes apenas podem operar-se contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar. Isso porque prevalece, na espécie, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, mediante cláusula geral que a tutela e encontra apoio na preservação da estabilidade familiar. Assim, a Turma negou provimento ao recurso. (STJ, REsp 1.000.356/SP, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/06/2010).

41

Paulo Lôbo, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:..., 133-156.

42

Súmula 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

43

Sérgio Gischkow Pereira, A investigação de paternidade..., 286.

44

Investigação de paternidade cumulada com alteração de registro civil. Prova do vínculo biológico. Anuência do pai registral. 1. Não é extra petita a sentença que, julgando procedente o pleito investigatório deduzido determina também as alterações registrais, pois estas são decorrências próprias da procedência da ação de investigação de paternidade, valendo gizar que o pai registral foi citado e não se opôs. 2. Não há impossibilidade jurídica do pedido, pois constitui direito personalíssimo da pessoa reclamar a sua paternidade biológica, sendo juridicamente viável também o pedido de desconstituição do liame registral. 3. Não é inepta a petição inicial, ainda que não seja modelar, quando narra os fatos com clareza e formula o pedido de reconhecimento forçado da paternidade. 4. Comprovado cabalmente que o investigado é o pai biológico da autora e não havendo oposição

do pai registral, imperioso o juízo de procedência da ação de investigação de paternidade para o fim de declarar a relação de filiação e retificar os assentos do registro civil. 6. O pedido de concessão do benefício da gratuidade não merece acolhida pois o recorrente não se enquadra na condição pobre na acepção legal. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70062159736, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 26/11/2014).

45

Investigação de maternidade. Anulação de registro civil. Danos morais. Maternidade biológica declarada sem alteração no registro civil, pois configurada maternidade socioafetiva. Dano moral. Configuração. 1. Comprovada a ascendência genética, imperiosa a sua declaração, mesmo que não prospere o pedido de retificação no registro civil de nascimento da filha, já que configurada a maternidade socioafetiva com a mãe registral. 2. O abalo psíquico sofrido pela autora, decorrente da gravidez indesejada, aos 11 anos de idade, quando o primo, com 19 anos, com ela manteve relações sexuais forçadas, e também da falsidade registral, que a impediu de desempenhar a maternidade, é presumido e deve ser reparado pelos causadores, de forma solidária. Apelação parcialmente provida. (TJRS, AC 70057505208, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/02/2014).

46

Belmiro Pedro Welter, Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, 184.

47

Novos contornos da concepção de família, sob a égide da Constituição de 1988. Paternidade socioafetiva. (...) Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. A melhor doutrina e a atual jurisprudência, inclusive deste próprio Tribunal, estão assentadas no sentido de que, em se tratando de guarda de menor, "o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio" (Agravo 234.555-1, acórdão unânime da 2.ª Câmara Cível, TJMG, Relator Des. Francisco Figueiredo, pub. 15/03/2002). Também na regulamentação de visitas, deve ser considerado o bem estar da criança, prevalecendo aquilo que vai incentivar seu desenvolvimento físico, social e psíquico da melhor maneira possível, garantindo, sempre, seus direitos e sua proteção. Recurso

desprovido. (TJMG, AI 1.0115.12.001451-5/001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 07/05/2013).

48

Belmiro Pedro Welter, Investigação de paternidade socioafetiva, 50.

49

Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 28.

50

Ação declaratória de filiação socioafetiva póstuma. Garantia prevista no ordenamento. Art. 1.593 do CC. Possibilidade jurídica do pedido. 1. Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva na medida em que esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC. 2. Nos termos do art. 284 do CPC, "verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias." 3. Recurso provido. Sentença cassada. (TJDF, AC 20130510142167 0014041-34.2013.8.07.0005, 4.ª T., Rel. Des. Antoninho Lopes, j. 11/06/2014).

51

STF, RE 363.889-DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07/04/2011.

52

Enunciado 109 do CJF: A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando.

53

[53]Súmula 301 do STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

54

Investigação de paternidade. Presunção de paternidade. Desídia dos parentes do suposto pai. Aplicação da súmula 301 do STJ. Possibilidade. Sentença mantida. Caso em que o suposto pai faleceu no início da demanda e não foram poucas as tentativas de fazer com que sua prole e seus ascendentes viessem aos autos

para realizar exame genético. Na desídia dos parentes do suposto pai em realizar o exame de DNA, deve o julgador se basear nas demais provas constantes nos autos, bem como atentar para a aplicação da Súmula 301 do STJ. Negaram provimento. (TJRS, AC 70061235651, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 25/09/2014).

55

Humberto Theodoro Jr., Curso de direito processual civil, 571.

56

Ação negatória de paternidade. Demanda anterior. Pedido julgado improcedente, por insuficiência probatória. Julgamento proferido com base nas regras de distribuição dos ônus da prova no processo. Art. 333, I, do CPC. Flexibilização da coisa julgada material. Cabimento. Busca da verdade real. Vínculo de paternidade. Direito indisponível. Recurso provido. Sentença anulada. No moderno processo legal, notadamente na seara do Direito de Família, em que se cuida de direitos indisponíveis, a condução do processo deve ser norteada pela busca da verdade real. Resta ao julgador, assim, a iniciativa da prova necessária em busca da elucidação da verdade dos fatos, sobretudo em se tratando de ação de estado, cuja justa composição interessa não só aos litigantes, mas a toda a coletividade Em matéria de relativização da coisa julgada material na busca pela identidade dos vínculos de paternidade/filiação, impõe-se distinguir duas situações: a primeira, em que o julgamento na ação de paternidade (investigação/negação) é proferido com base em elementos de prova convincentes para o deslinde do feito; a segunda, bem diferente, em que o julgamento é proferido segundo as regras do art. 333 do CPC, pela ausência ou pela insuficiência de provas para se decidir com segurança pela procedência ou improcedência do pedido. Na primeira hipótese, a decisão faz coisa julgada material, restando ao apelante somente o ajuizamento de ação própria, no intuito de reexaminar a prova ali existente. Na segunda hipótese, todavia, permanece o direito do interessado de ajuizar nova ação de investigação ou negação de paternidade, quando entender que possui elementos de prova suficientes para comprovar as suas alegações - notadamente se na primeira demanda o desfecho houver sido contrário à verdade biológica revelada por exame de DNA e se a paternidade socioafetiva não houver sido arguida pela parte contrária. Recurso provido. (TJMG, AC 1.0710.13.001126-9/001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Eduardo Andrade, p. 04/12/2013).

57

Cláudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari, A quebra da coisa julgada..., 93.

58

Súmula 149 do STF: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

59

Agravo regimental. Ação de investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Previdência privada. Anulação do registro anterior. Procedência pedido. Consequência. Lógica. Prazo de decadência. Não aplicação. 1. O prazo decadencial de 4 anos estabelecido nos arts. 178, § 9.º, inc. VI e 362 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 1.614 do Código Civil atual) aplica-se apenas aos casos em que se pretende, exclusivamente, desconstituir o reconhecimento de filiação, não tendo incidência nas investigações de paternidade, hipótese dos autos, nas quais a anulação do registro civil constitui mera consequência lógica da procedência do pedido. Precedentes da 2.ª Seção. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ,REsp 1.259.703/MS (2011/0133977-8), 4.ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 24/02/2015).

60

[60] Sérgio Gischkow Pereira, Direito de família:..., 84.

61

Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 125.

62

Súmula 383 do STJ: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

63

Súmula 1 do STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

64

Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Competência relativa do foro do domicílio do alimentando. Mudança de domicílio no curso da ação. Perpetuatio jurisdicionis. Mitigação. Possibilidade. Evolução jurisprudencial. Eleição de vetor interpretativo de normas instrumentais. Melhor interesse da

criança e do adolescente. Preservação do objeto da tutela jurisdicional. Remessa dos autos ao juízo do novo domicílio da criança. 1. A ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos deve ser processada e julgada perante o juízo do domicílio do alimentando (competência territorial- competência relativa), consoante dispõe o art. 100, II, do CPC em conjunto com o enunciado n. 1 da súmula de jurisprudência do E. STJ. 2. A jurisprudência tradicional ancorada na premissa de que se trata de caso de competência relativa e na dicção do sobredito art. 87 do CPC, perfilha a inteligência de que a mudança de domicílio do alimentando e de sua representante no curso do processo não implica a remessa dos autos ao juízo do novo domicílio, pois a competência é fixada no momento da propositura da ação (acórdão 312193, 2.ª Turma Cível, *DJe* 14/07/2008 e CC 93.139/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, *DJe* 18/09/2009). 3. Em razão do caráter instrumental das normas processuais, não se pode admitir que uma norma de índole marcadamente procedimental acabe por conturbar o alcance do objeto da tutela jurisdicional pela qual parte vulnerável pleiteia alimentos. Destarte, havendo conflito entre norma de cunho estritamente processual e interesse de ordem social (direito da criança a alimentos), prevalece o critério que resguarda o interesse do credor dos alimentos. 4. O vetor interpretativo da preservação do melhor interesse da criança e do adolescente autoriza a mitigação do princípio da perpetuatio jurisdictionis (art. 87 do CPC), pois a tutela jurisdicional deve ser eficiente de modo a resguardar o interesse daquele que pleiteia os alimentos. Por isso, havendo mudança de domicílio da criança ou do adolescente no curso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, não se revela razoável que o feito prossiga em Brasília, quando seja o credor (alimentando), seja o devedor (alimentante) não mais residem nesta capital (CC 114.461/SP, rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, *DJe* 10/08/2012 e acórdão 446556, 2.ª Turma Cível, *DJe* 15/09/2010). 5. Agravo de instrumento conhecido e provido. Determinada a remessa dos autos a uma das varas de família da comarca de são Caetano do Sul/SP. (TJDF, AI 20130020181757 DF, 0019055-14.2013.8.07.0000, 1.ª T. Cív., Rel. Des. Simone Lucindo, j. 07/11/2013).

65

Enunciado 521 do CJF: Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida.

66

[66]Ação de declaração de relação avoenga. Súmula 301/STJ. Litisconsórcio passivo necessário. Citação do avô registral. Edital. Recurso especial provido. 1.

A conversão do julgamento em diligência para produção de exame de DNA em ossadas do falecido suposto avô biológico e do falecido pai, ambos mortos há décadas, não se justifica ante a possibilidade de realização do exame adotando para confronto material genético fornecido pelo autor e pelos réus, estes filhos do alegado avô biológico. 2. A presunção de paternidade enunciada pela Súmula 301/STJ não está circunscrita à pessoa do investigado, devendo alcançar, quando em conformidade com o contexto probatório dos autos, os réus que opõem injusta recusa à realização do exame. Precedentes do STJ. 3. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa, autorizando o magistrado a suprir a prova que se pretendia obter com o exame. 4. Na linha da pacífica jurisprudência do STJ, deve ser citado, como litisconsorte passivo necessário, o avô registral. Havendo comprovada impossibilidade de encontrar o paradeiro do avô registral, ou de seus eventuais herdeiros desconhecidos, caberá ao juízo de origem determinar a citação por edital de J.P.V. e possíveis herdeiros. 5. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (STJ, REsp 1.253.504/MS (2011/0101222-3), 4.ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13/12/2011).

67

Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no direito de família, 490.

68

Súmula 301 do STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

69

Em tradução livre: exceção de múltipla concubinagem.

70

João Baptista Villela, Desbiologização da paternidade, 403.

71

Maria Celina Bodin de Moraes, Famílias democráticas, 629.

72

Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 111.

73

Arnoldo Camanho de Assis, Investigação de paternidade e efeitos da revelia, 42.

74

Mauro Nicolau Jr., Coisa julgada ou DNA negativo:..., 157.

75

Maria Celina Bodin de Morais, A família democrática, 633.

76

Fátima Nancy Andrighi, O reconhecido hábito social "ficar"..., 158.

77

Súmula 301 do STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.

78

Art. 2.º-A da Lei 8.560/92, acrescentado pela Lei 12.004/09.

79

Recurso especial. Direito civil. Ação declaratória de inexistência de parentesco proposta por irmão cumulada com nulidade de registro de nascimento e invalidade de cláusula testamentária. Existência de paternidade socioafetiva. Exame de DNA. Possibilidade de recusa da filha sem o ônus da presunção em sentido contrário. Proteção à dignidade humana. Preservação de sua personalidade, de seu status jurídico de filha. (...) 2. Tratando-se especificamente do exame de DNA e a presunção advinda de sua recusa, deve-se examinar a questão sobre duas vertentes: i) se a negativa é do suposto pai ao exame de DNA ou ii) se a recusa partiu do filho. Em quaisquer delas, além das nuances de cada caso em concreto (dilemas, histórias, provas e sua ausência), deverá haver uma ponderação dos interesses em disputa, harmonizando-os por meio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre se dando prevalência para aquele que conferir maior projeção à dignidade humana, haja vista ser "o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais". 3. Na hipótese, a recusa da recorrida em se submeter ao exame de DNA foi plenamente justificável pelas circunstâncias constantes dos autos, não havendo qualquer presunção negativa diante de seu comportamento. Isto porque, no conflito entre o interesse patrimonial do recorrente para reconhecimento da verdade biológica e a dignidade da recorrida em preservar sua personalidade - sua intimidade, identidade, seu status jurídico de filha -, bem como em respeito a memória e existência do falecido pai, deverá se dar primazia aos últimos. 4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que "em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da

Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/02/2012, *DJe* 12/03/2012). 5. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.115.428/SP (2009/0102089-9), 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2013).

80

Nesse sentido: Paulo Lôbo, Paternidade socioafetiva..., 801; e Fredie Didier Jr., A recusa da parte a submeter-se a exame médico:..., 177.

81

Paulo Lôbo, Paternidade socioafetiva..., 804.

82

Ação de investigação de paternidade. Pedido de desistência da ação por parte da representante legal do autor. Matéria acerca de direito personalíssimo, indisponível e irrenunciável. Exegese do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Interesses diferentes entre o menor e sua genitora. Necessidade de nomear curador especial. De acordo com o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça". Não sendo possível a desistência da ação por parte da representante legal, tendo em vista que seus interesses colidem com os do menor, consoante com o art. 9.º do Código de Processo Civil, a nomeação de curador especial é medida que se impõe: "Art. 9.º O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele". (TJSC, AC 526876-SC 2008.052687-6, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 23/02/2012).

83

Investigação de paternidade. Menor impúbere. Sentença de extinção do processo, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, III, c/c o art. 238 do CPC. Embora corretamente tenha o juízo diligenciado a intimação pessoal da representante legal do autor esta não tenha sido negativa, a demanda ostenta interesse público

consistente na preservação do interesse superior da criança na busca de sua ancestralidade e identidade biológica. Violação ao devido processo legal consubstanciada na ausência de remessa do feito ao Ministério Público, instituição à qual a Constituição da República atribuiu a defesa precípua dos interesses individuais indisponíveis (art. 127, CF/88), para que promovesse o regular desenvolvimento da marcha processual apesar da inércia do demandante. Recurso a que se dá provimento, na forma do art. 557, § 1.º-A, do CPC. (TJRJ, AC 0008589-45.2006.8.19.0008, 20.ª C. Cív., Rel. Des. Myriam Medeiros, j. 08/06/2012).

84

Lei 12.662/12.

85

Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de pensão por morte. Alimentos implícitos. Competência. Foro do domicílio do menor. 1. Na investigação de paternidade, o pedido de alimentos pode vir de modo implícito, pois decorre da lei, sendo mero efeito da sentença de procedência do reconhecimento da relação de parentesco. Precedentes. 2. "O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos" (Súmula 01 do STJ). 3. "A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda" (Súmula 383 do STJ). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1.197.217/MG, 3.ª T., Rel. Des. convocado do TJRS Vasco Della Giustina, p. 22/02/2011).

86

CNJ, Provimento 12/10.

87

CNJ, Provimento 16/12.

88

Dec. 7.231/10.

89

CNJ, Provimento 13/10.

90

Súmula 1 do STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

91

Súmula 277 do STJ: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

92

Alimentos gravídicos. Conversão em alimentos para o menor nascido com vida. Fixação. Possibilidade de quem presta e necessidade de quem recebe. Para a concessão do benefício não há necessidade de cognição definitiva a respeito da paternidade, sendo suficiente a existência de indícios da paternidade. Destarte, ajuizada ação de investigação de paternidade em razão do nascimento da criança, o pedido foi julgado procedente. Na fixação dos alimentos há de ser observado o binômio possibilidade/necessidade. (TJDF, AC 20120910053349, 2.ª T. Cív., Rel. Des. Carmelita Brasil, j. 11/09/2013).

93

Recurso especial. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Ação ajuizada por maior de idade. Termo inicial da verba alimentar. Data da citação. Súmula 277/STJ. 1. O só fato da maioridade do filho, quando da propositura de ação de investigação de paternidade não afasta a orientação consolidada pela Súmula 277/STJ, no sentido de que "julgada procedente a ação de investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação". 2. Recurso Especial improvido. (STJ, REsp 1.349.252/SP, 3.ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24/09/2013).

94

Investigação de paternidade. Inexistência de oferta ou de pedido de alimentos. Sentença que arbitrou prestação alimentícia mensal. A sentença que, em investigação de paternidade, fixa alimentos para o reconhecido, ainda que não haja pedido expresso, não contraria as regras dos arts. 128 e 460 do CPC, por força do disposto no art. 7.º da Lei 8.560/92. Recurso não provido. (TJMG, AC 1.0231.08.125745-4/001, Rel. Des. Almeida Melo, j. 17/02/2011).

95

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de A. Nery, Código de Processo Civil comentado, 2.188.

96

Ação de investigação de paternidade c/c retificação de registro civil c/c indenização por danos morais (abandono afetivo). Possibilidade da realização de prova pericial (exame de DNA). Alegada preponderância do interesse econômico e financeiro. Supremacia dos princípios constitucionais. Direito personalíssimo e imprescritível. Paternidade socioafetiva. Afastada presunção. Possibilidade de alteração do registro de nascimento. Imprescritibilidade. Prescrição em relação ao dano moral afastada. Recurso parcialmente provido. (TJPR, AI 1169371-1, 12.ª C. Cív., Rel. Des. João Domingos Kuster Puppi, j. 11/06/2014).

97

Negatória de paternidade e exoneratória de pensão alimentícia. Vínculo socioafetivo. Existência. Pai que, mesmo em dúvida acerca do liame biológico, se dedica à formação do filho até a fase adulta. Reconhecimento, pelo filho adulto, da referência paterna. Recurso não provido. 1. A paternidade há de ser reconhecida não como um fato da natureza, cuja origem se radica em pura base biológica, mas um fato cultural, que se assenta na circunstância de amar e servir, fundada no exercício da liberdade e autodeterminação. 2. Não pode ser considerado pai aquele que apenas participa, como procriador, de um evento da natureza, ou seja, do nascimento de um novo ser, sem construir qualquer relação de afeto e assumir os cuidados na sua formação. Por outro lado, àquele que, mesmo sabendo da inexistência de vínculo de consanguinidade (ou, como no caso dos autos, tendo dúvidas acerca deste liame), assume com todo o carinho, amor e dedicação, a criação de uma pessoa até o atingimento de sua fase adulta, outra denominação e reconhecimento não se pode dar, que não a do pai verdadeiro. 3. Existência de mútuo afeto, em relação construída ao longo de toda a infância e adolescência do filho, estabelecendo verdadeiro vínculo de paternidade socioafetiva, que manteve as partes unidas mesmo após o afastamento do pai do lar conjugal - e a despeito das dúvidas que cercavam a origem biológica do requerido. 4. Relação de socioafetividade presente, não podendo ser desconsiderada com fundamento na inexistência de vínculo biológico, ou em uma suposta aproximação do filho com seu procriador, o que teria gerado ciúme e sentimento de traição no pai. 5. Recurso não provido. (TJMG, AC 1.0024.08.137534-7/001, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Áurea Brasil, p. 07/02/2014).

98

Embargos à execução de alimentos. Decisum de acolhimento e extinção da execução com base em sentença exarada em ação negatória de paternidade. Apelo do embargado. Conhecimento e provimento. Efeitos da ação negatória incidentes apenas após o trânsito em julgado da decisão que desobriga o alimentante.

Pendente execução de alimentos, a decisão que julga procedente pedido formulado em ação negatória de paternidade exonera o alimentante unicamente das parcelas vencíveis após o trânsito em julgado e não a contar da citação. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. (TJSC, AC 2011.094364-9, 6.ª C. Cív., Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 29/06/2012).

25. PODER FAMILIAR

SUMÁRIO: 25.1 Visão histórica - 25.2 Tentativa conceitual - 25.3 Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente - 25.4 Pais separados - 25.5 Exercício: 25.5.1 Responsabilidade civil - 25.6 Usufruto e administração de bens - 25.7 Suspensão e extinção: 25.7.1 Suspensão; 25.7.2 Perda - 25.8 Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo - 25.9 Ação de suspensão e destituição - Leitura complementar.

Referênciaslegais: CF 205, 226 § 5.º, 227 e 229; CC 932 I, 1.489 II, 1.579, 1.589, 1.630 a 1.638 e 1.689 a 1.693; L 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 21 a 24, 155 a 163, 201 III e 249; CP 33 § 2.º *c*, 44, 92, II, e 244 a 247; L 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) 12; L 12.010/09 (Lei de Adoção); L 12.962/14; L 13.010/14; L 13.046/14; Instrução Normativa do CNJ 03/09; Provimento do CNJ 36/14.

25.1. Visão histórica

A expressão "poder familiar" adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo **pátrio poder**, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* - direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.[1] A conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar. Como lembra Paulo Lôbo, as vicissitudes por que passou a família repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital.[2]

O **Código Civil de 1916** assegurava o pátrio poder exclusivamente ao **marido** como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na sua falta ou impedimento é que a chefia da sociedade conjugal passava à **mulher**, que assumia o exercício do pátrio poder dos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade dos mesmos. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393). O **Estatuto da Mulher Casada** (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, que era exercido pelo marido com a **colaboração da mulher**. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

A **Constituição Federal** (5.º I) concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher. Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º), outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. O **Estatuto da Criança e do Adolescente**, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de **dominação** para se tornar sinônimo de **proteção**, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles. O **princípio da proteção integral** emprestou nova configuração ao poder familiar, tanto que o inadimplemento dos deveres a ele inerentes configura **infração** susceptível à pena de **multa** (ECA 249).

Ainda que o **Código Civil** tenha eleito a expressão poder familiar para atender à **igualdade** entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Critica Silvio Rodrigues: *pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra "pátrio" do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere*.[3] O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um

múnus,[4] e talvez se devesse falar em **função** ou em **dever** parental.

A expressão que goza da simpatia da doutrina é **autoridade parental**. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do **princípio da proteção integral** de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Destaca que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.[5] Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo **responsabilidade parental**.

Não é somente com relação à expressão poder familiar que o Código Civil é criticado. Repete o que já não tinha nem sentido e nem aplicabilidade na legislação pretérita, em face da ordem constitucional. Não disciplina as questões do poder familiar nos novos modelos de família e mantém o antiquado instituto que concede aos pais o usufruto dos bens dos filhos.[6]

25.2. Tentativa conceitual

De **objeto de poder**, o filho passou a **sujeito de direito**. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um **encargo** imposto por lei aos pais.[7] O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de **poder-função** ou **direito-dever**, consagradora da **teoria funcionalista** das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.[8]

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, o Estado fixa limites de atuação aos titulares do poder familiar. A ideia predominante é de que a *potestas* deixou de ser uma prerrogativa do pai para se afirmar

como a fixação jurídica do interesse dos filhos.[9] A autonomia da família não é absoluta, sendo cabível - e vez por outra até salutar - a intervenção subsidiária do Estado. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre duas situações opostas: a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de direção da família.[10]

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo **material**, mas, principalmente, no campo **existencial**, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva.[11] Para Waldyr Grisard, tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente.[12]

O poder familiar é **irrenunciável, intransferível, inalienável** e **imprescritível.** Decorre tanto da paternidade natural como da **filiação legal** e da **socioafetiva**. As obrigações que dele fluem são **personalíssimas**. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.[13] É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245).

Todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficam sob **tutela** (CC 1.728 I). Arcaico instituto com forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a especial proteção que o Estado assegura, com absoluta prioridade, a crianças e adolescentes.

O filho maior, mas incapaz, está sujeito à **curatela**, podendo o pai ou a mãe serem nomeados curadores (CC 1.775 § 1.º). Pode ser estabelecida **curatela compartilhada** a mais de uma pessoa (CC 1.775-A).

O poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores. No entanto, descuidou-se o legislador desses deveres em face dos filhos havidos **fora do casamento**.[14] De forma absurda, condiciona a guarda do filho à **concordância** do cônjuge do genitor (CC 1.611). Com o único propósito de preservar a unidade familiar daquele que reconheceu um filho extramatrimonial, olvida-se a lei que deve obediência à Constituição, a qual consagra o princípio da prevalência do interesse de crianças e adolescentes. Assim, a regra é de se ter simplesmente por não escrita, por sua flagrante **inconstitucionalidade**.

Falando em desrespeito à Constituição, injustificadamente a lei silenciou quanto às demais entidades familiares por ela tuteladas, explícita ou implicitamente.[15] Nada diz, por exemplo, sobre famílias **monoparentais**, **homoparentais** ou **multiparentais** entidades familiares que, constituídas com filhos sujeitos ao poder familiar, necessitam da atenção do legislador.

25.3. Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente

Não só o Código Civil (1.630 a 1.638), também o ECA trata do poder familiar, quando fala do direito à **convivência familiar** e comunitária (ECA 21 a 24) e da **perda e suspensão do poder familiar** (ECA 155 a 163). Ainda que o ECA seja anterior ao Código Civil, constitui-se em um **microssistema**. Dispondo de um centro de gravidade autônomo, suas regras têm prevalência. As codificações, pelo seu grau de generalidade, não possuem capacidade de influência normativa sobre os estatutos. Por isso, como lembra Paulo Lôbo, não se vislumbra contradição (cronológica ou de especialidade) entre

o ECA e o Código Civil, não se podendo alvitrar sua derrogação, salvo quanto à denominação pátrio poder, substituída por poder familiar.[16]

O ECA (2.º) chama de **criança** quem tem 12 anos incompletos e de **adolescente**, dos 12 aos 18 anos. O Código Civil reconhece como **absolutamente incapazes** os menores de 16 anos (CC 3.º) e como **relativamente incapazes** quem tem entre 16 e 18 anos (CC 4.º I). Quanto à **maioridade**, harmonizam-se ambos os estatutos: aos 18 anos ocorre o implemento da maioridade (CC 5.º e ECA 2.º). Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas do ECA (CF 228).

O poder familiar é exercido, em **igualdade de condições**, pelo pai e pela mãe na forma da legislação civil (ECA 21). A referência à lei civil é mera superfetação.[17] Ainda que o estatuto menorista ressalte os deveres dos pais, o Código Civil (1.630) se limita a afirmar que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. O filho **não reconhecido** pelo pai fica sob a autoridade da mãe (CC 1.633). Regra, aliás, de todo inútil, pois, desconhecido o pai, é evidente que ele não pode concorrer no exercício do poder familiar.[18] Se a mãe também for desconhecida, o Código Civil coloca o órfão sob a autoridade de um **tutor**. O ECA (28) é mais abrangente, admitindo a colocação em **família substituta** mediante guarda, tutela ou adoção.

25.4. Pais separados

Como os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226 § 5.º), a autoridade parental cabe a **ambos os genitores**. Tanto a titularidade como o exercício do poder familiar se divide igualmente entre os pais (CC 1.631). Durante o **casamento** (CC 1.566 IV) e na vigência da **união estável** (CC 1.724) ambos são detentores do poder familiar.

Rompido o vínculo de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois. A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.[19] É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores.[20] Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do **divórcio** (CC 1.579) ou da **dissolução da união estável** dos genitores. Em caso de **divergência**, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC 1.631 parágrafo único).

Solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC 1.632). Os filhos permanecem sob a **guarda compartilhada** dos genitores, ainda que não haja acordo entre ambos. O tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada.[21] Ainda assim persiste o dever de ambos de promoverem o sustento da prole. O genitor que tem melhor condição econômica deve prestar **alimentos** ao filho. Neste sentido Enunciado das Jornadas de Direito Civil.[22]

Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade, competindo aos dois seu pleno exercício. Têm ambos o dever de dirigir a criação e a educação, conceder ou negar consentimento para casar, para viajar ao exterior, mudar de residência, bem como ambos devem representá-lo e assisti-lo judicial ou extrajudicialmente (CC 1.634). Sempre que é exigida a concordância dos dois genitores, não basta a manifestação isolada de apenas um, ainda que o filho esteja sob sua guarda. É necessário: o **suprimento judicial do consentimento**; a suspensão; ou a exclusão do poder familiar do outro genitor.[23]

A **guarda unilateral** a um dos genitores só é deferida quando o outro expressamente manifesta o desejo de não exercer a guarda (CC 1.584 § 2.º). Ainda assim, mantém o **direito de convivência**

(CC 1.632). O exercício exclusivo da guarda não retira e nem limita o **poder familiar** do genitor não guardião. Somente na falta ou impedimento de um dos pais é que o outro exerce o poder familiar com exclusividade (CC 1.631).

Quando é deferida a guarda a terceiros (CC 1.584 § 5.º), quando o filho é colocado em **família substituta** (ECA 28), ou ainda se ocorre a suspensão ou a extinção do poder familiar, mesmo assim não se extingue o poder familiar dos pais, persistindo a **obrigação alimentar**.

O casamento ou a união estável do genitor que detém a guarda unilateral ou compartilhada não enseja a perda do poder familiar e nem sua **transferência** ao novo cônjuge ou companheiro. É o que se chama de **princípio da incomunicabilidade** (CC 1.636). A lei põe a salvo qualquer espécie de ingerência do novo parceiro na relação entre pais e filhos.[24]

No entanto, em face do prestígio da **filiação afetiva**, a tendência é reconhecer direitos e deveres entre enteado e padrasto. Tanto que é possível a adoção do seu **sobrenome** (LRP 57 § 8.º). Comprovada a **filiação socioafetiva**, entre ambos, é possível a **adoção unilateral** (ECA 41 § 1.º). Também sua inclusão como dependente no âmbito do **direito previdenciário** (L 8.213/91 16 § 2.º). Também pode haver a imposição de **obrigação alimentar** a favor do enteado, o que não exime o dever do não guardião de continuar provendo o sustento do filho (CC 1.589).

25.5. Exercício

Elenca o Código uma série de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores (CC 1.634). Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos

menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.[25] Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo**, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. A omissão de garantir-lhe a sobrevivência, deixando imotivadamente de pagar os alimentos, configura o delito de **abandono material** (CP 244).

O elenco dos deveres inerentes ao poder familiar também não faz referência expressa aos deveres impostos aos pais pela Constituição (CF 227 e 229) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 22). Assim, às obrigações e aos direitos previstos pela lei civil somam-se todos os outros que também são derivados do poder familiar.

Como o **ensino** é reconhecido como um **direito subjetivo público**, é dever do Estado e da família promovê-lo e incentivá-lo (CF 205 e 208 § 1.º). Portanto, mais um dever é atribuído aos pais, qual seja o de manter os filhos na escola. O inadimplemento deste encargo, além de configurar o delito de **abandono intelectual** (CP 246), também constitui **infração administrativa** (ECA 249). Aliás, no dever de alimentos, de modo expresso está imposta a obrigação de atender às necessidades de **educação** (CC 1.694). A escola tem o dever de informar a ambos os pais - vivam eles juntos ou separados - sobre a frequência e rendimento dos filhos (L 9.394/96 12 VII). A omissão sujeita a escola ao pagamento de multa (CC 1.584 § 6.º).

Inclina-se a jurisprudência em não apenar os genitores que não conseguem obrigar os filhos, já adolescentes, a frequentar a escola. Como é proibido castigar os filhos, pelo advento da chamada Lei da Palmada (L 13.010/14). É difícil aos pais cumprirem tal obrigação. [26] Assim, em vez de punir o genitor, é dever do Estado intervir de

forma mais efetiva, disponibilizando acompanhamento psicológico a quem se nega a estudar.

Havendo negligência do genitor na constante atuação da educação e da formação escolar da prole, cabe ser invocada sua **responsabilidade civil** (CC 186), de modo a gerar **obrigação indenizatória** por danos pessoais ou materiais decorrentes de sua negligência.[27]

A possibilidade de submeter os filhos a **serviços próprios de sua idade e condição** é incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF 1.º III). Trata-se de exploração da vulnerabilidade dos filhos menores, o que pode configurar exploração de trabalho infantil (ECA 60) e ser considerado **abuso** (CF 227 § 4.º).

25.5.1. Responsabilidade civil

Pelos atos dos filhos, enquanto menores, são responsáveis os pais (CC 932 I). Trata-se de **responsabilidade civil objetiva por ato de terceiro.** Ainda que a referência legal seja ao genitor que estiver com os filhos em sua **companhia**, descabido não responsabilizar também o não guardião. Não há como excluir a responsabilidade de um dos pais pelos atos praticados pelos filhos, por estarem eles sob a guarda do outro genitor.[28] Afinal, nem a guarda unilateral limita ou restringe o poder familiar (CC 1.634). A **responsabilidade parental** não decorre da guarda, mas do poder familiar, que é exercido por ambos. Dentre seus deveres encontra-se o de exercer a guarda unilateral ou compartilhada (CC 1.634 II). O fim da conjugalidade dos genitores não livra qualquer deles dos encargos decorrentes do **poder familiar**. Não se alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). Somente a falta de impedimento de um deles, transfere ao outro o exercício com exclusividade do poder familiar (CC 1.631). Ora, o distanciamento físico do filho com um dos pais, não configura impedimento que alije o pai dos deveres que lhe são

inerentes. Sequer as novas núpcias ou a constituição de união estável o faz perder o poder familiar (CC 1.636).

De outro lado, a instituição da **guarda compartilhada** como obrigatória, quando ambos os pais têm condições de exercê-la (CC 1.584 § 2.º), impõe a responsabilização conjunta e o exercício dos concertantes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º), sendo dividido, de forma equilibrada, o tempo de convívio com os filhos (CC 1.583 § 2.º).

O fato de o filho estar sob a **guarda unilateral** de um não subtrai do outro o direito de convivência. Mesmo que o filho não esteja na sua companhia, está sob sua **autoridade**. Nem o divórcio dos pais modifica seus direitos e deveres com relação à prole (CC 1.579). Assim, de todo descabido livrar a responsabilidade do genitor, pelo simples fato de o filho não estar na sua companhia. Encontrando-se ambos no exercício do poder familiar, ambos respondem pelos atos praticados pelo filho. Conceder interpretação literal a dispositivo que se encontra fora do livro do direito das famílias e divorciado de tudo que vem sendo construído para prestigiar a paternidade responsável é incentivar o desfazimento dos elos afetivos das relações familiares.

A **responsabilidade** dos pais é **objetiva** (CC 933), o que lhes confere plena atuação aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando clara a importância do papel que devem desempenhar no processo de educação e desenvolvimento da personalidade dos mesmos.[29] Assim, o patrimônio de **ambos os genitores**, e não só o do guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos.

25.6. Usufruto e administração de bens

Como os menores de idade não têm capacidade de gerir sua pessoa e bens, até os 16 anos são **representados** e, dos 16 aos 18 anos, são **assistidos** por seus genitores. Dentro da esfera

patrimonial, o primeiro dever imposto aos pais, no exercício do poder familiar, é o de administrar os bens dos filhos.[30] O Código Civil é absolutamente omisso no que se refere ao modo como eles devem proceder. Apesar disso, é certo que o desempenho da função se submete à regra geral do exercício do poder familiar, pelo que deve visar precipuamente ao interesse da prole.[31]

Dispõem os pais do **usufruto legal** dos bens dos filhos, partindo-se do pressuposto - para lá de equivocado - de que os rendimentos se compensam com as despesas de criação e de educação. Essa explicação não se harmoniza com a melhor e mais atual concepção do poder familiar. É preciso concordar com Denise Comel: *não há falar em compensação econômica diante de função que tem origem no direito natural, configurando dever legal e de ordem pública, também irrenunciável, e que visa, sobretudo, ao interesse e benefício do filho*.[32] Concedendo a lei ao detentor do poder familiar o usufruto dos bens dos menores, a tendência da doutrina é entender que lhe pertencem os **rendimentos** que daí advêm.[33] Porém, a melhor interpretação a fazer, relativamente ao **usufruto legal** dos pais sobre tais bens, é de que não podem eles se apropriar de todos os rendimentos dos filhos, senão na medida do que seja necessário para fazer frente às despesas comuns da família. E isso porque o usufruto é instituído no interesse do filho.[34]

Como se trata de direito concedido de forma conjunta a ambos os pais, estando um deles na posse exclusiva do bem imóvel pertencente ao filho, deve pagar ao outro genitor o valor correspondente à metade do preço da **locação**.[35]

A lei não prevê a obrigação dos pais de **prestar contas** ao filho da administração de seu patrimônio, até porque, sendo eles os administradores por mandato legal, os rendimentos lhes pertencem. Para Denise Comel, a imposição de tal encargo, embora de difícil

realização na prática, melhor atenderia ao interesse do filho.[36] Em face do direito de usufruto é que recomenda a lei que não case quem não fez a partilha dos bens, quer em face da morte do cônjuge, quer quando do divórcio (CC 1.523 I e III). A quem desobedece tal determinação, é imposto o **regime de separação de bens** (CC 1.641 I). Além disso, confere a lei **hipoteca legal** aos filhos sobre os bens imóveis do genitor que vier a casar sem fazer o inventário do casal anterior (CC 1.489 II). Este ônus existe tanto no falecimento como no divórcio, sem que tenha se procedido à partilha de bens.

Ainda que sejam os genitores os administradores e usufrutuários dos bens da prole, não podem **aliená-los** nem **gravá-los de ônus real**. Também não podem contrair **obrigações** que ultrapassem a simples **administração**, salvo por necessidade ou evidente interesse do filho (CC 1.691). Em qualquer hipótese, para a prática de tais atos, devem os pais se socorrer do juiz, comprovando que vêm em proveito do filho. Deixando o detentor do poder familiar de buscar **autorização judicial**, é possível desconstituir as transações levadas a efeito. Além do filho, seus herdeiros ou seu representante legal (CC 1.691 parágrafo único) e também o **Ministério Público** dispõem de legitimidade para buscar a anulação (ECA 201 VIII). Como houve infringência a dever decorrente do poder familiar, o genitor se sujeita a pena pecuniária (ECA 249).

A condição de usufrutuário confere aos pais legitimidade para o uso das medidas legais para a preservação do patrimônio dos filhos. Ainda que os bens não sejam seus, eles têm **legitimidade ordinária** para a demanda, podendo fazer uso das ações possessórias para defender a posse, da qual são titulares. Quando **colidirem** os interesses do pai e do filho (por exemplo, sendo ambos herdeiros em um inventário), deve o juiz nomear o defensor público como **curador especial** (CC 1.692 e CPC 72 I). Não é necessário que o conflito seja manifesto, basta haver **colisão de interesses**.[37] Vindo o genitor a arruinar os bens do filho, fica sujeito à **suspensão do poder familiar** (CC 1.637).

Alguns bens são **excluídos da administração** parental (CC 1.693). Os valores recebidos e os bens adquiridos pelo filho maior de 16 anos são **bens reservados**, ou seja, o que perceber no desempenho de atividade laboral não se sujeita à administração do genitor. No entanto, como é possível, a partir dos 14 anos, o trabalho de **aprendiz** (CF 7.º XXXIII), atividade que é remunerada, descabido que reste o genitor como **usufrutuário** do salário percebido pelo filho.

Atingindo o filho a **maioridade**, os bens lhe são entregues com seus acréscimos, não tendo ele direito de pedir que o genitor lhe preste contas. Em contrapartida, o pai também não pode exigir qualquer **remuneração** pelo trabalho desempenhado.

25.7. Suspensão e extinção

O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem.[38] Assim, dispõe do direito de **fiscalizar** o adimplemento dos deveres decorrentes do poder familiar, podendo suspendê-lo e até exclui-lo, quando um ou ambos mantem comportamento que possa prejudicar o filho. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem **sanções** aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso.[39] O intuito não é punitivo. Visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua mantença coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.

A perda ou suspensão do poder familiar não retira dos pais o dever de **alimentos**. Entendimento em sentido contrário premiaria quem faltou com seus deveres.[40] Tampouco a colocação da criança ou do adolescente em **família substituta,** ou sob **tutela** afasta o encargo alimentar dos genitores. Trata-se de obrigação unilateral, intransmissível, decorrente da condição de filho e independente do poder familiar.[41] Nem mesmo quando o filho é **adotado** cessa o encargo alimentar, conforme vem sustentando a doutrina. O ECA (267) expressamente revogou o Código de Menores (L 6.697/79). Mas Maria Paula Gouvêa Galhardo sustenta que persiste em vigor o seu art. 45, parágrafo único, que diz que a perda ou a suspensão do pátrio poder não exonera os pais do dever de sustentar os filhos. Mesmo não reproduzida a regra no ECA, não se conflitam, guardando consonância com o princípio da proteção integral.[42]

A **perda do poder familiar** não rompe o vínculo de parentesco. Porém, destituído o genitor do poder familiar, não dá para admitir que conserve o **direito sucessório** com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que esta distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo **ético**.[43]

Declina a lei **causas** de suspensão, de extinção e de perda do poder familiar, de **forma genérica**, dispondo o juiz de ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais.

Há um tema novo, que vem ganhando relevo nas relações de trabalho, mas que cabe ser contrabandeado para o âmbito do direito das famílias. Trata-se do **assédio moral**, que se pode ver configurado no exercício indevido do poder familiar. O uso, ou melhor, o abuso no exercício de poder, fruto do desequilíbrio das partes, não existe somente no âmbito das relações de emprego. Também na família essa postura pode ser flagrada e merece ser reprimida.

25.7.1. Suspensão

A suspensão do poder familiar é medida **menos grave**, tanto que se sujeita a **revisão**. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é **facultativa**, podendo o juiz deixar de aplicá-la.[44] Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda a prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Por exemplo, em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo com os demais encargos.

A suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de **abuso de autoridade** (CC 1.637): faltar aos deveres de sustento, guarda e educação ou arruinar os bens dos filhos. Compete aos pais assegurar-lhes (CF 227): vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de não poder submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Apesar de o genitor ter o **dever de sustento** da prole, o descumprimento desse encargo não justifica nem a perda e nem a suspensão do poder familiar (ECA 23).

Desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de **condenação** do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal quantidade de pena não implica em **privação da liberdade** em regime fechado ou semiaberto. O cumprimento de pena igual ou inferior a quatro anos se sujeita ao regime aberto (CP 33 § 2.º *c*), havendo a possibilidade de sua substituição por sanções restritivas de direitos (CP 44). Ao depois, existem creches nas penitenciárias femininas, e as mães ficam com os filhos em sua companhia, ao menos enquanto forem de tenra idade. Como a suspensão visa a atender ao interesse dos filhos, descabida a sua

imposição de forma discricionária, sem qualquer atenção ao que mais lhes convém.

A garantia de **convivência** assegurada aos filhos com mães e pais **privadosde liberdade** (L 12.962/14) acabou por revogar o indigitado dispositivo legal. O direito de visita independe de autorização judicial e atende ao melhor interesse dos filhos.[45] Como a **condenação criminal** não implica na **destituição do poderfamiliar**, às claras que não enseja a suspensão do poder familiar, a não ser quando se tratar de crime doloso contra o próprio filho.[46]

25.7.2. Perda

Distingue a doutrina perda e extinção do poder familiar. **Perda** é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a **extinção** ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. Assim, há impropriedade terminológica na lei que utiliza indistintamente as duas expressões.[47] A perda do poder familiar é sanção de **maior alcance** e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo **medida imperativa**, e não facultativa.[48]

Traz a lei um rol de causas que leva à extinção do poder familiar (CC 1.635) e outro que autoriza a sua perda (CC 1.638), a ser decretada judicialmente. Tanto um elenco quanto o outro são meramente exemplificativos. Como deve prevalecer o interesse dos filhos, a postura incompatível dos pais autoriza a destituição do poder familiar.[49] Há, ainda, outra hipótese: cometido **crime doloso contra o filho**, punido com pena de reclusão. A perda do poder familiar é **efeito anexo** da condenação (CP 92 II).

A **morte** de um dos pais faz concentrar no sobrevivente o encargo familiar. A **emancipação** (CC 5.º parágrafo único I) é concedida pelos pais, mediante instrumento público, e dispensa homologação judicial se o filho contar com mais de 16 anos. A **adoção**

(ECA 41), ao impor o corte definitivo com o parentesco original, leva ao desaparecimento do poder familiar dos pais biológicos.

A vedação ao **castigo imoderado** (CC 1.638 I) revelava, no mínimo, tolerância para com o castigo moderado. O castigo físico afronta um punhado de normas protetoras de crianças e adolescentes, que desfrutam do direito fundamental à inviolabilidade da pessoa humana, que também é oponível aos pais. Com a aprovação da chamada **Lei da Palmada** ou **Lei Menino Bernardo**,[50] tal dispositivo encontra-se revogado.

A identificação da prática de atos que afrontem a **moral** e os **bons costumes** é aferida objetivamente, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas. Porém, não se pode subtrair a possibilidade de o juiz decidir pela exoneração diante de fatos que considere incompatíveis com o poder familiar e configurem abuso de autoridade. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor. Como o afastamento do filho do convívio de um ou de ambos os pais certamente produz sequelas que podem comprometer seu desenvolvimento psicológico, recomendável que, ao ser decretada a suspensão ou perda do poder familiar, seja aplicada alguma **medida protetiva** de acompanhamento, apoio e orientação tanto ao filho (ECA 100) como a seus pais (ECA 129). Caso o filho seja acolhido em programa institucional ou familiar, será elaborado um plano individual de atendimento (ECA 101 § 4.º).

A perda da autoridade parental por **ato judicial** (CC 1.638) leva à extinção do poder familiar (CC 1.635 V), que é o aniquilamento, o término definitivo, o fim do poder familiar.[51] No entanto, inclina-se a doutrina em admitir a possibilidade de **revogação** da medida.[52] Ou seja, a perda é permanente, mas não definitiva. Os pais podem recuperar o poder familiar, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. Como o princípio da proteção integral dos interesses da criança, por imperativo constitucional, deve ser o norte,

parece que a regra de se ter por extinto o poder familiar em toda e qualquer hipótese de perda não é a que melhor atende aos interesses do menor.[53]

A revogação é imperativa e não facultativa. Abrange toda a prole, por representar o reconhecimento judicial que o titular do poder familiar não está capacitado para o seu exercício.[54]

25.8. Lei da palmada ou Lei Menino Bernardo

A Lei, conhecida como da palmada ou menino Bernardo[55] (L 13.010/14) visa coibir a violência por parte de quem tem o dever legal de proteger, cuidar e educar, e se prevalece da desproporcionalidade da força física, do medo, do respeito e até do afeto que, de um modo geral, crianças e adolescentes nutrem pelas pessoas que os têm em sua companhia e guarda.

A Lei desdobrou alguns artigos do ECA[56] e acrescentou um parágrafo à Lei de Diretrizes e Bases.[57] Assegura a crianças e adolescentes o direito de serem criados e educados sem o uso de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante. Define como **castigo físico** o uso da força física que resulta em sofrimento ou lesão física, mesmo que disponha de natureza disciplinar ou corretiva. É considerado **tratamento cruel ou degradante** a conduta que humilha, a ameaça grave ou a postura que ridicularize.

Estão sujeitos à sanção quaisquer pessoas encarregadas de cuidar, tratar, educar e proteger crianças e adolescentes: pais ou responsáveis, integrantes da família ampliada e agentes públicos executores de medidas socioeducativas. Aos infratores está prevista a imposição de cinco medidas, que vão desde o encaminhamento dos responsáveis a programa de proteção à família, a imposição de tratamento psicológico ou psiquiátrico, até a mera advertência. Também

pode ser determinado o encaminhamento da criança a tratamento especializado.

Não houve a **criminalização** dos pais e responsáveis que agridem sob qualquer pretexto: correção, disciplina ou educação. De forma surpreendente é atribuído ao **Conselho Tutelar** a imposição das medidas legais, apesar de todos saberem que a forma eletiva de escolha dos conselheiros, sem a exigência de qualquer qualificação, tem comprometido, em muito, as atividades que deveriam desenvolver.

Ao depois, as medidas aplicadas pelos conselheiros tutelares certamente serão questionadas judicialmente, por ausência de procedimento sujeito ao contraditório.

As demais regras trazidas pela Lei se limitam a determinar a adoções de **políticas públicas**, como campanhas educativas, capacitação profissional etc. Proposições que, sem imposição coercitiva, acabam virando letra morta, pois certamente não irão despertar o interesse do poder público, que nunca se preocupou com questões familiares, sendo consideradas de âmbito privado.

De qualquer modo, o seu grande mérito foi ter acabado com a absurda permissão de os pais castigarem os filhos, ainda que moderadamente. Isto porque só o castigo imoderado ensejava a perda do poder familiar (CC 1.638 I). Ou seja, o castigo moderado era admitido. Agora não mais. Quem impinge castigo físico ou tratamento cruel ou degradante fica sujeito a cumprir medidas de caráter psicossociais.

A ação do genitor em confronto com a lei configura falta aos deveres inerentes ao poder familiar, podendo o juiz adotar as medidas previstas no Código Civil (1.637).

Mas talvez o seu ponto mais nefrálgico seja não ter contemplado a **violência psicológica**, a negligência, a agressão emocional, que

causam danos muito maiores do que a própria violência física. Afinal, são agressões que afetam a alma e deixam cicatrizes invisíveis aos olhos, mas que comprometem o desenvolvimento sadio e a formação psíquica das vítimas.

Com igual propósito o ECA (70-B) impõe às entidades públicas e privadas que atuem junto a crianças e adolescentes, a mantença em seus quadros de pessoas capacitadas para reconhecer e comunicar ao Conselho Tutelar, suspeitas ou casos de maus-tratos.

Esta mesma responsabilidade é atribuída às pessoas encarregadas do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes, em razão de cargo, função, ofício, ministério, profissão ou ocupação (ECA 94-A).

25.9. Ação de suspensão e destituição

Tanto a suspensão quanto a destituição do poder familiar dependem de procedimento judicial. Tais ações podem ser propostas por **um dos genitores** frente ao outro. Também tem legitimidade o **Ministério Público** (ECA 201 III), que pode dirigir a ação contra ambos ou contra somente um dos pais. Nessa hipótese não é necessária a nomeação de curador especial.[58]

Cabe lembrar que uma das atribuições do **Conselho Tutelar** é representar ao Ministério Público para o efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar (ECA 136 XI). Mas tal prerrogativa não confere legitimidade ao **Conselho Tutelar** para propor a ação. Como é assegurado o direito de agir a quem tenha legítimo interesse (ECA 155), é de se reconhecer a legitimidade de qualquer **parente** para propor a ação. Mas é indispensável a citação dos pais, que precisam figurar na ação como **litisconsortes necessários**.

Para a identificação do **juízo competente**, é necessário atentar à situação em que está a criança ou o adolescente. Ainda que seja

buscada a exclusão do poder familiar, se ele se encontra na companhia de algum familiar, a competência é das **varas de família**. No entanto, havendo **situação de risco** (ECA 98), não estando **seguro**, mesmo que sob a guarda de pessoa de sua família (pais, avós, tio etc.), a ação deve ser proposta nas **varas da infância e juventude** (ECA 148 parágrafo único).

A depender do grau de prejuízo a que está submetida a criança, possível é a **suspensão liminar ou incidental** do poder familiar (ECA 157). O pedido de **tutela de urgência** pode ser formulado em **procedimento autônomo** (CPC 303), ou como **tutela cautelar** em caráter antecedente, no âmbito da ação de destituição do poder (CPC 305),[59] para a imediata colocação em **família substituta** (ECA 166), ou seja, os primeiros da fila para adotá-la. Também possível deixá-la sob a guarda de quem promove a ação, e que já mantém com a criança vínculo de filiação socioafetiva.[60]

O réu deve ser citado pessoalmente. Quando estiver **privado de liberdade** o oficial de justiça tem o dever de questioná-lo se deseja a nomeação de um defensor (ECA 159 parágrafo único). Enquanto não tiver advogado constituído, o juiz nomeia o defensor público como **curador especial** (CPC 72 II).

Mesmo **não contestada a ação**, deve o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar a realização de **estudo psicossocial** e a ouvida de testemunhas (ECA 161 § 1.º).

Quando se tratar de crianças **indígenas,** é indispensável a presença de representante do órgão federal responsável pela política indigenista, tanto por ocasião do estudo social como da perícia (ECA 161 §§ 1.º e 2.º).

Se a ação implicar em **alteração da guarda** é indispensável a ouvida dos pais (ECA 161 § 4.º), bem como da criança ou do adolescente (ECA 161 § 3.º).

O prazo máximo para a conclusão do processo é de **120 dias** (ECA 163). Provimento do CNJ determina a **investigação disciplinar** do magistrado que tiver, sob sua condução, ação de destituição do poder familiar há mais de 12 meses. Em sede recursal o prazo de tramitação não pode exceder seis meses.[61]

A **sentença** que destituir um ou ambos os pais do poder familiar fica sujeita a **apelação** a ser recebida só no efeito devolutivo (ECA 199-B). Deve ser cumprida de imediato. Ou seja, imediatamente deve acriança ser entregue à guarda da família substituta apta a adotá-la. De todo descabido aguardar o trânsito em julgado da sentença para inscrever seu nome no cadastro da adoção.

Em todos os procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude o sistema recursal é o do CPC. Mas o prazo do recurso de **apelação** é de **10 dias**. Este também é o **prazo** para o Ministério Público e para defesa, salvo nos embargos de declaração (ECA 198 II). Os **recursos** independem de preparo (ECA 198 I). É assegurado juízo de retratação pelo juiz, devendo a remessa ao órgão recursal ser feita por decisão fundamentada, no prazo de cinco dias (ECA 198 VII).[62]

Mesmo quando os genitores são **revéis** ou não têm as mínimas condições de exercer o poder familiar, a Defensoria Pública - sistemática e injustificadamente - recorre da sentença que destitui o poder familiar. Na hipótese de revelia o recurso não deve sequer ser recebido, por faltar interesse recursal. Desaparecidos os pais, não ocorrendo a destituição do poder familiar, o filho não pode ser adotado e permanecerá depositado em alguma instituição aguardando completar a maioridade.

O **recurso** deve ser processado com **prioridade absoluta** e o julgamento não está sujeito a revisão e nem há necessidade de ser pautado (ECA 199-C). O relator deve colocar o processo para julgamento no prazo máximo de 60 dias (ECA 199-D). O parecer do

Ministério Público pode ser oral (ECA 199-D parágrafo único). A sentença é averbada à margem do **registro de nascimento** (ECA 163 parágrafo único).

Vem sendo admitida pela jurisprudência a **cumulação das ações** de destituição do poder familiar e de **adoção**.[63] Mesmo que não haja pedido expresso de destituição, tal não enseja a extinção da ação de adoção, tendo-se o pedido como implícito, pois a destituição é um mero efeito da sentença concessiva da adoção. Durante a tramitação da demanda de destituição, as crianças e os adolescentes permanecem acolhidos em instituições ou são colocados em famílias substitutas. O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu guia única de acolhimento familiar ou institucional e guia de desligamento, além de fixar regras para o armazenamento permanente dos dados disponíveis em procedimentos de destituição ou suspensão do poder familiar.[64]

Infelizmente, as ações se arrastam. É tentada, de forma exaustiva, e muitas vezes injustificada, a mantença do vínculo familiar. Em face da demora no deslinde do processo, a criança deixa de ser criança, tornando-se "inadotável", feia expressão que identifica que ninguém a quer. O interesse dos candidatos à adoção é sempre pelos pequenos. Assim, a omissão do Estado e a morosidade da Justiça transformam as instituições em verdadeiros depósitos de enjeitados, único lar para milhares de jovens, mas só até completarem 18 anos. Nesse dia simplesmente são postos na rua. Tentou a Lei da Adoção (L 12.010/09) amenizar este quadro, mas, só o piorou, e muito.

O fato de eternizar-se a permanência da criança institucionalizada dá até ensejo a pedido de **indenização por dano moral** contra o Estado, em face da perda da chance de ser adotado.

Leitura complementar

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113-154.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177-189.

SILVA, João Teodoro. Poder familiar: emancipação de menor pelos pais e o art. 1.631 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 144-158, out.-nov. 2004.

1

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 353.

2

Paulo Lôbo, Do poder familiar, 183.

3

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 355.

4

Múnus: encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir.

5

Paulo Lôbo, Do poder familiar, 178.

6

Denise Damo Comel, Do poder familiar, 315.

7

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 367.

8

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 31.

9

Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 222.

10

Taisa Maria Macena de Lima, Responsabilidade civil dos pais..., 673.

11

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de família brasileiro, 147.

12

Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada, 24.

13

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 211.

14

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 359.

15

Paulo Lôbo, Do poder familiar, 184.

16

Idem, 183.

17

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 368.

18

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 359.

19

Fabíola Santos Albuquerque, Poder familiar nas famílias recompostas..., 169.

20

Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 394.

21

A Lei 13.058/2014 regulamentou a guarda compartilhada, alterando dispositivos do Código Civil.

22

Enunciado 607 do CJF: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

23

[23] João Teodoro da Silva, Poder familiar:..., 157.

24

Fabíola Santos Albuquerque, Poder familiar nas famílias recompostas..., 169.

25

Ana Carolina Brochado Teixeira, Responsabilidade civil..., 156.

26

ECA. Infração administrativa. Descumprimento de dever inerente ao poder familiar (ECA, art. 249). Adolescentes infrequentes à escola. Inexistência de dolo ou culpa dos responsáveis. Pedido de penalização que não se justifica. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70039865431, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 27/01/2011).

27

Taisa Maria Macena de Lima, Responsabilidade civil dos pais..., 628.

28

Responsabilidade dos pais e da avó em face de ato ilícito praticado por menor. Separação dos pais. Poder familiar exercido por ambos os pais. Dever de vigilância da avó. (...) 2. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó de menor que dirigiu veículo automotor, participando de "racha", ocasionando a morte de terceiro. (...) 3. Quanto à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente a responsabilização das mesmas, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. 932, I, e 933 do CC. 4. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. (...) 5. Em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. (...) 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (STJ, REsp 1.074.937/MA, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/10/2009).

29

José Carlos Zebulum, Responsabilidade civil indireta, 49.

30

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 364.

31

Denise Damo Comel, Do poder familiar, 149.

32

Idem, 142.

33

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 364.

34

Denise Damo Comel, Do poder familiar, 147.

35

Ação de cobrança de aluguel. Possibilidade. Utilização exclusiva de um dos ex-cônjuges de imóvel pertencente aos filhos. Possibilidade. 1. Pretensão originária formulada no sentido de que o ex-cônjuge que ocupa imóvel doado aos filhos pague o equivalente a 50% do valor de locação do imóvel, pelo usufruto, em

caráter exclusivo, do bem pertencente à prole. 2. O exercício do direito real de usufruto de imóvel de filho, com base no poder familiar, compete aos pais de forma conjunta, conforme o disposto no art. 1.689, I, do CC/02. 3. A aplicação direta do regramento, contudo, apenas é possível na constância do relacionamento, pois, findo o casamento, ou a união estável, no mais das vezes, ocorre a separação física do casal, fato que torna inviável o exercício do usufruto de forma conjunta. 4. Nessa hipótese, é factível cobrança do equivalente à metade da locação do imóvel, pois a simples ocupação do bem por um dos ex-consortes representa impedimento de cunho concreto, ou mesmo psicológico, à utilização simultânea pelo outro usufrutuário. 4. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.098.864/RN, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 21/09/2012).

36

Denise Damo Comel, Do poder familiar, 160.

37

Silvio Rodrigues, Direito Civil: Direito de Família, 365.

38

Idem, 368.

39

Paulo Lôbo, Do poder familiar, 188.

40

Maria Paula Gouvêa Galhardo, Da destituição do pátrio poder e dever alimentar, 43.

41

Denise Damo Comel, Do poder familiar, 100.

42

Idem, 44.

43

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 38.

44

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 369.

45

Autorização judicial para menor visitar pai recolhido em estabelecimento prisional. Direito de visita como forma de garantir a convivência familiar e a ressocialização do preso. Aplicação do art. 41, X, da Lei 7.210/84 - Princípio do melhor interesse da criança. Ausência de elementos capazes de caracterizar o alegado risco à segurança e à integridade física dos menores. Manutenção da decisão. 1. O direito de visitas previsto no art. 41, X, da Lei 7.210/84 configura importante instrumento para garantir a convivência familiar e o processo de ressocialização do reeducando, somente podendo ser restringido em hipóteses excepcionais, devidamente fundamentadas em fatos capazes de indicar a inconveniência do exercício da faculdade legal e que evidenciem riscos à integridade física e moral do visitante. 2. Para deferimento da autorização judicial para os filhos menores visitar o pai recolhido em estabelecimento prisional deve-se levar em conta o princípio constitucional do melhor interesse da criança, que decorre do princípio da dignidade humana, centro do nosso ordenamento jurídico atual. 3. Não evidenciado, em concreto, motivo suficiente a caracterizar risco à segurança e à integridade física dos menores, a autorização para os filhos visitarem seu genitor no estabelecimento prisional deve ser concedida, em razão da proteção constitucional da entidade familiar através do afeto e da garantia de convivência, ainda que no ambiente carcerário. (TJMG, AC 1.0521.13.003654-9/001, 6.ª C. Cív., Rel. Des. Sandra Fonseca, p. 27/09/2013).

46

A Lei assegurou a convivência de crianças e adolescentes com os pais privados de liberdade.

47

Romualdo Baptista dos Santos, O Código Civil de 2002:..., 499.

48

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 369.

49

Ação de destituição de poder familiar. Causa julgada procedente. Irresignação da genitora. Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Abandono afetivo e material. Art. 1638, II, CC. Recurso improvido. I - Ante a demonstração do descaso e abandono afetivo e material por parte da mãe em relação à filha em tenra idade, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, a teor do que

dispõe o art. 1.638, II, do Código Civil e art. 24 do ECA. II - Recurso improvido. (TJMA, AC 53714/2013, Rel. Ângela Maria Moraes Salazar, 1.ª Vara da Infância e da Juventude, j. 13/08/2015)..

50

Lei 13.010, de 26/06/2014.

51

Denise Damo Comel, Do poder familiar, 296.

52

Neste sentido: Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 242 e Orlando Gomes, Direito de família, 293.

53

Denise Damo Comel, Do poder familiar, 296.

54

Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis, Alienação parental, 31.

55

O nome é uma alusão ao infortúnio ocorrido com Bernardo Boldrini que, aos 11 anos, órfão de mãe, rejeitado pela madrasta e negligenciado pelo pai, foi pessoalmente buscar ajuda no Fórum da Comarca de Três Passos-RS, mas em 4 de abril de 2014, acabou sendo morto pela madrasta.

56

Acrescentou os arts. 18-A, 18-B e 70-A e deu nova redação ao art. 13 à Lei 8.069/1990.

57

Acrescentou o § 8.º ao art. 26 da Lei 9.394/1996.

58

Súmula 22 do TJRS: Nas ações de destituição/suspensão do pátrio poder [hoje, poder familiar], promovidas pelo Ministério Público, não é necessária a nomeação de curador especial ao menor.

59

Ação de destituição do poder familiar. Antecipação da tutela. Presença dos pressupostos legais. Deferimento. Conforme prescreve o artigo 273 do CPC, a antecipação da tutela está condicionada a comprovação da verossimilhança das alegações e do dano irreparável ou de difícil reparação. Demonstrado, nos autos, que a agravante, genitora das crianças, ficou meses sem procurá-las na instituição em que se encontram abrigadas, patente a verossimilhança das alegações deduzidas pelo Ministério Público, bem assim, o risco do dano grave, eis que, como bem destacou a decisão agravada, com fulcro no parecer técnico, não mantinha a mãe, relação afetiva com as filhas, caracterizando-se "in casu" verdadeiro abandono material. (TJDF, AI 210402320108070000, 2.ª T. Cív., Rel. Des. Carmelita Brasil, j. 25/05/2011).

60

Ação de destituição do poder familiar. Abandono familiar. Menina que se encontra na companhia dos requerentes desde os dois anos de idade. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, já que o apelante não exerceu as atividades inerentes à paternidade, enquanto que os apelados possuem a guarda fática da criança desde 2007, com liame afetivo evidente. Apelação cível desprovida. (TJRS, AC 70061178067, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 24/09/2014).

61

CNJ Provimento 36/14.

62

Apesar da referência ao agravo de instrumento, este é oposto diretamente perante o órgão recursal, não havendo falar em "remessa".

63

Ação de destituição de poder familar c/c adoção. Provas concretas que apontam a incapacidade da genitora em cumprir seu papel de mãe Destituição do poder familiar confirmada. Menor amparada no seio familiar dos adotantes/requerentes, onde recebe assistência material e afetiva. Sentença confirmada. A perda ou a destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais, quando estes faltam com os deveres em relação aos filhos. Nesta linha de raciocínio, o Código Civil de 2002, prescreve em seu artigo 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou, ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos. No caso dos autos, restou amplamente demonstrada

a omissão da genitora da menor com relação à criação de sua filha, existindo provas suficientes que evidenciam, da forma mais clara possível, o abandono da menor pela genitora, que voluntariamente a entregou ao núcleo familiar dos requerentes. - Com relação aos requerentes/apelados, o cenário é o mais favorável possível. A menor é assistida integralmente pelos adotantes. Recebe afeto, carinho e dedicação dos guardiões, e dos filhos biológicos do casal. Enfim, a criança desenvolveu vínculos de afetividade e de filiação em relação aos autores, tendo todas as suas necessidades atendidas nesse núcleo familiar. (TJMG, AC 1.0701.13.003204-1/001, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 30/07/2015).

64

[64] Instrução Normativa CNJ 03, de 03/11/2009.

26. ADOÇÃO

SUMÁRIO: 26.1 Visão histórica: 26.1.1 A realidade atual - 26.2 Tentativa conceitual - 26.3 Unilateral - 26.4 De maiores - 26.5 Internacional - 26.6 Póstuma - 26.7 "À brasileira" ou afetiva - 26.8 Dirigida ou *intuitu personae* - 26.9 Homoparental - 26.10 Filho de "criação" - 26.11 De nascituro - 26.12 Lei Nacional da Adoção - 26.13 Cadastros - 26.14 Procedimentos para a adoção: 26.14.1 Habilitação; 26.14.2 Ação de adoção; 26.14.3 Recursos - 26.15 Manifestação de vontade da genitora - 26.16 Destituição do poder familiar - 26. 17 Declaração da ascendência genética - 26.18 Benefícios legais - 26.19 Parto anônimo - Leitura complementar.

Referências legais: CF 227 §§ 5.º e 6.º; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção da Haia); CC 1.618 e 1.619; L 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 39 a 52-D, 201 III e 249; L 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP) 102 3.º; L 8.213/91 (Lei dos Benefícios da Previdência Social) 16, 71-A; L 8.112 /90 (Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais) 210; L 12.955/14; Dec. 5.491/05; L 11.770/08; L 12.010/09 (Lei Nacional da Adoção); Lei 12.873/13; CNJ Resoluções 54/08, 93/09 e 190/14; CNJ Provimento 36/14.

26.1. Visão histórica

O instituto da adoção é um dos mais antigos de que se tem notícia.

Afinal, sempre existiram filhos não desejados, cujos pais não querem ou não podem assumir. Também há crianças que são afastadas do convívio familiar. Conclusão: há legiões de crianças

abandonadas, jogadas no lixo, maltratadas, violadas e violentadas, que escancaram essa realidade.

A sorte é que milhões de pessoas desejam realizar o sonho de ter filhos.

O Código Civil de 1916 chamava de **simples** a adoção tanto de maiores como de menores de idade. Só podia adotar quem não tivesse filhos. A adoção era levada a efeito por **escritura pública** e o vínculo de parentesco estabelecia-se somente entre o adotante e o adotado.

A Lei 4.655/65 admitiu a chamada **legitimação adotiva**. Dependia de decisão judicial, era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural. O **Código de Menores** (L 6.697/79), substituiu a legitimação adotiva pela **adoção plena**, mas manteve o mesmo espírito.[1] O vínculo de parentesco foi estendido à família dos adotantes, de modo que o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes.

A **Constituição Federal** (227 § 6.º), ao consagrar o princípio da proteção integral, deferindo idênticos direitos e qualificações aos filhos e proibindo quaisquer designações discriminatórias, **eliminou qualquer distinção** entre adoção e filiação. Para dar efetividade a este comando **o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA** passou a regular a adoção dos **menores de 18 anos**, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios.

Permaneceu o **Código Civil de 1916** regulamentando a adoção dos **maiores de idade**. Podia ser levada a efeito por escritura pública. O adotado só tinha direito à herança se o adotante não tivesse prole biológica. Advindo filhos depois da adoção, perceberia o adotado somente a metade do quinhão a que fazia jus a filiação "legítima". Esses dispositivos, entretanto, foram considerados

inconstitucionais pela jurisprudência a partir da vigência da Constituição Federal.

Quando do advento do **Código Civil de 2002**, grande polêmica instaurou-se em sede doutrinária. O ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade. Esta superposição foi corrigida pela chamada **Lei Nacional da Adoção** (L 12.010/09, 2.º) que, modo expresso, atribui ao ECA a adoção de crianças e adolescentes, mas manda aplicar seus princípios à adoção dos maiores de idade (CC 1.619).

Dois **tratados internacionais** estão incorporados à legislação brasileira: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção da Haia, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

26.1.1. A realidade atual

Claro que ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem os trouxe ao mundo. Mas é chegada a hora de acabar com a visão romanticamente idealizada da família. O filho não é uma "coisa", um objeto de propriedade da família biológica. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao seu interesse - quando a família não o deseja, ou não pode tê-lo consigo - ser entregue aos cuidados de quem sonha ter um filho. A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF 227). Para esse fim - e infelizmente - não se presta a legislação e nem todos os esforços do Conselho Federal de Justiça, que nada mais fazem do que burocratizar e emperrar o direito à adoção de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio de sua família biológica.

É tal a burocracia para disponibilizar crianças à adoção que, quando finalmente isso acontece, muitas vezes ninguém mais as

quer. Os candidatos a adotá-las perderam a chance de compartilhar da primeira infância do filho que esperaram durante anos na fila da adoção. É tão perverso o cerco para impedir o acesso a crianças abrigadas que os integrantes do cadastro de adotantes não são admitidos para realizar trabalho voluntário.

São impostos enormes e intransponíveis obstáculos para que a mãe não abra mão daquela criança que gestou sem a querer. Os genitores recebem da equipe interprofissional orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção. Juiz e o promotor devem esgotar os esforços para manutenção da criança com os pais ou com a família natural ou extensa. No entanto, há que prevalecer o melhor interesse da criança, conforme enunciado do IBDFAM.[2]

Seguindo a peregrinação, é dada preferência à família extensa ou ampliada. Pelo conceito legal, são os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e **mantém vínculos de afinidade e afetividade** (ECA, 25 parágrafo único). No entanto são feitas demoradas buscas de parentes que nem conhecem a criança. Só após incessantes e infrutíferas tentativas é que tem início o demorado processo de destituição do poder familiar.[3] Mais um laudo psicossocial é realizado, na tentativa de manter o filho com a mãe. Inclusive a Defensoria Pública é orientada a recorrer sempre, até quando os genitores foram citados por edital.[4]

Superadas todas estas etapas é que, finalmente, a criança é incluída no cadastro nacional, a ser confrontado com o cadastro dos adotantes.

Parte-se então à busca de um adotante, o qual para se candidatar à adoção, precisa submeter-se a um verdadeiro "rali", que chega a durar mais de ano. Depois o candidato é inscrito no cadastro, aguardando anos até ser convocado. Ainda assim os candidatos não tem chance de conhecer, sequer ver uma foto ou um vídeo das

crianças que podem adotar. A escolha é feita pelos técnicos e acaba acontecendo o que se chama de um encontro às escuras.

É necessário disponibilizar **foto e vídeo** das crianças abrigadas na rede nacional dos candidatos cadastrados à adoção. A exibição de imagens não afronta nenhum direito, pois há um bem maior em jogo, que é dar-lhes a chance de ter um lar. Afinal, basta postar a foto de um cãozinho para que alguém o adote. Sem que se esteja comparando crianças a animais, nada justifica que com elas não ocorra o mesmo. Até porque há grande chance de candidatos escolherem crianças que se afastem do perfil que haviam indicado, como grupo de irmãos, crianças maiores, com algum tipo de doença ou deficiência ou não brancas. Segundo os números do Cadastro Nacional da Adoção, há 34.025 pessoas habilitadas à adoção e 6.165 crianças e adolescentes cadastrados, dos quais: 74% possuem irmãos e 25% têm problemas de saúde. Há 101 crianças com HIV, 238 com deficiência física e 515 com deficiência mental. Ora, estas crianças só tem alguma chance de serem adotadas se alguém as conhecer, se encantar com elas. Caso contrário, vão permanecer abrigadas até serem despejadas aos 18 anos de idade.

Por isso é indispensável assegurar a todos os candidatos à adoção o direito de visitar os estabelecimentos em que elas se encontram abrigadas, e isso em qualquer lugar do país. Surgindo o interesse em alguma criança, mesmo que não esteja ela disponível à adoção, pode ser entregue, ainda que como família substituta.

Em face dos enormes percalços impostos à adoção, quem deseja ter filhos, em vez de se sujeitar a anos de espera, está fazendo uso das modernas técnicas de **reprodução assistida**. Esta é a solução que vem sendo encontrada por quem só deseja concretizar o sonho de ter uma família. Simplesmente está gestando os filhos. Apesar de esta ser uma prática legítima, tem um efeito assustador, pois impede que as crianças tenham a chance de conseguir uma família. Quem sabe perdem a única possibilidade que teriam de sobreviver.

Pelo jeito, o Estado tem se esquecido do seu dever de cumprir o preceito constitucional de dar proteção especial, com absoluta prioridade, a crianças, adolescentes e jovens. Diante da falta de vontade política para criar estrutura e mecanismos eficientes para agilizar o processo de adoção, juízes e promotores devem ter a coragem que tiveram os magistrados das Varas da Execução Criminal. Diante da precariedade dos presídios e a ausência de instalações adequadas para o cumprimento de determinadas penas, simplesmente vem libertando os presos, concedo-lhes prisão domiciliar.

O fato é que, como as coisas estão não podem continuar. Está na hora de mudar esta realidade. É urgente encontrar um meio de reduzir o tempo de espera por um filho e o tempo de crianças e adolescentes esperando por um lar. É necessário eliminar os berçários dos abrigos, os quais devem se tornar simples casas de passagem e não depósitos permanentes de crianças.

26.2. Tentativa conceitual

O estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção - **ato jurídico** em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial.[5] A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. Ressalta Waldyr Grisard que esse conceito persegue as razões legais e seus efeitos, mas representa somente uma face do instituto.[6] A adoção constitui um **parentesco eletivo**, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade. Trata-se de modalidade de filiação *construída no amor*, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin,[7] gerando vínculo de parentesco por opção. A adoção consagra a **paternidade socioafetiva**, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico.[8] A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. É nesse sentido que o instituto da adoção se apropria da palavra afeto.

É no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São filhos que resultam de uma opção e não do acaso que são adotivos.[9]

A **doutrina da proteção integral** e a vedação de referências discriminatórias (CF 227 § 6.º) alteraram profundamente a perspectiva da adoção. Inverteu-se o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos.[10] A adoção significa muito mais a **busca de uma família para uma criança**. Foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual e que significava a busca de uma criança para uma família.[11] Não é uma paternidade de segunda classe, mas se prefigura como a paternidade do futuro, enraizada no exercício da liberdade.[12] A filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas.[13]

Desde o advento da Constituição Federal, estão assegurados os **mesmos direitos e qualificações** aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção. Não cabe mais falar em "filho adotivo", mas em "filho por adoção", como bem lembra Paulo Lôbo. A origem da filiação é única e se apaga quando da adoção.[14] A partir do momento em que é constituída pela sentença judicial e é retificado o registro de nascimento, o adotado é filho, sem qualquer adjetivação.

O adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho. Direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização.[15]

A adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos (ECA 41), salvo quanto aos **impedimentos para o casamento**.[16] Do vínculo de consanguinidade não resulta qualquer outro efeito jurídico, pessoal ou patrimonial.[17] A **relação de parentesco** se estabelece entre o adotado e toda a família do adotante. Os seus parentes tornam-se parentes do adotado, tanto em linha reta, como em linha colateral. Também idênticos os graus de parentesco que se estabelecem em relação aos filhos biológicos do adotante (ECA 41).[18] Vivendo os adotantes em união estável, também os vínculos parentais se estendem ao adotado.

Enio Duarte Fernandez Junior sustenta que o rompimento do vínculo parental decorrente da adoção conflita com os **direitos fundamentais da dignidade da pessoa, da solidariedade e da isonomia**. Não há como negar ao adotado a tutela de sua pretensão à existência, à vida, à integridade, enfim, aos seus direitos de personalidade frente a sua família biológica, sob o argumento de fato impeditivo posto em norma infraconstitucional.[19]

Como a adoção é **irrevogável** (ECA 39 § 1.º), rompe todos os laços com a família biológica. Ainda assim, com certa frequência simplesmente os adotantes "**devolvem"** o filho que adotaram. Tal situação não está prevista na lei, mas infelizmente é algo que existe. De qualquer forma, como pode ocorrer a destituição do **poder familiar** do adotante (CC 1.638), é aceita a devolução, até por uma questão de praticidade. A criança pode ser imediatamente adotada por outrem. Talvez esta seja a solução que melhor atende aos seus interesses, pois pode vir a ser adotada por quem de fato a queira.

A jurisprudência vem impondo aos adotantes que desistem da adoção o dever de pagar **alimentos**[20] e indenização por danos morais e materiais[21] ao menos para subsidiar o acompanhamento

psicológico de quem teve mais uma perda, até ser novamente adotado.

A **morte** dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais (ECA 49). Mas cabe questionar se há a possibilidade de os pais **biológicos** adotarem o filho que fora adotado. Ainda que exista resistência na doutrina,[22] não há vedação legal, uma vez que a adoção rompe o vínculo de filiação. Com a morte do adotante, o filho ficou órfão e nada impede que seja adotado pelos pais biológicos.

Apesar de ser priorizada e incentivada a permanência de crianças e adolescentes no âmbito da família extensa (ECA 19 § 3.º e 39 § 1.º), ou seja, com parentes próximos com os quais convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (ECA 25 parágrafo único), é vedada a adoção por **ascendentes** ou entre **irmãos** (ECA 42 § 1.º). Como avós não podem adotar netos e irmãos não podem ser adotados uns pelos outros, ocorre somente a concessão da guarda. Em caso muito especial, de forma sensível o STJ admitiu a adoção pelos avós que haviam adotado a mãe, com oito anos de idade e quando já estava grávida.[23]

O vínculo de parentesco alcança também a **união estável** (CC 1.595) e a mesma restrição estende-se aos conviventes, sendo vedada a adoção entre ascendentes e descendentes, mesmo depois de rompida a união. Portanto, o padrasto pode adotar o enteado (adoção unilateral), mas o seu genitor não.[24]

Não há qualquer óbice à adoção entre **parentes colaterais** de terceiro e quarto graus. Nada impede que alguém adote um sobrinho ou um primo, quer consanguíneo, quer ele tenha sido adotado.

Em face da adoção, ocorre a alteração do **sobrenome** do adotado. Constarão no registro de nascimento os adotantes como pais e seus ascendentes como avós. Os vínculos familiares se estendem a

todos que a lei considera parentes em razão do **casamento** ou da **união estável**, inclusive no que diz com os vínculos de **afinidade**.

Quando se tratar de adoção de criança ou adolescente, pode haver a alteração do **prenome** se este for o desejo do adotante ou do adotado (ECA 47 § 5.º). Se a modificação for requerida pelo adotante, a vontade do adotado precisa ser respeitada. Caso ele tenha mais de 12 anos de idade, o seu consentimento precisa ser colhido em audiência (ECA 47 § 6.º).

A idade para adotar é 18 anos (ECA 42). Há outro requisito que diz com a idade: entre adotante e adotado deve existir uma **diferença de 16 anos** (ECA 42 § 3.º). Este distanciamento temporal busca imitar a vida, pois é a diferença em anos para a procriação. Sendo dois os adotantes, basta o respeito à diferença de idade com referência a apenas um deles.[25] A regra admite flexibilização, principalmente quando o pedido de adoção é antecedido de período de convívio por lapso de tempo que permitiu a constituição da **filiação afetiva**.[26]

Qualquer pessoa pode adotar. Pessoas sozinhas: solteiros, divorciados, viúvos. A lei não faz qualquer restrição quanto à orientação sexual do adotante, nem poderia fazê-lo. Também independe o **estado civil** do adotante (ECA 42). Quem é casado ou vive em união estável pode adotar, sendo que a adoção não precisa ser levada a efeito pelo casal. Como a lei não proíbe que somente **uma pessoa adote**, o que não é proibido é permitido. Basta haver a **concordância** do cônjuge ou companheiro. Essa é a única exigência para a colocação em família substituta (ECA 165 I), norma que se aplica também à adoção (ECA 165 parágrafo único).

Não só uma, mas **duas pessoas** podem adotar alguém. Para conceder a adoção conjunta, de modo pouco técnico, fala a lei em "**casados civilmente**" (ECA 42 § 2.º). Ora, quem não é legalmente casado, casado não é! Também é descabida a exigência da

comprovação documental da **união estável** (ECA 197-A III). Para o reconhecimento da união a lei não exige prova escrita. Basta que a convivência seja pública, contínua e duradoura, e que haja o desejo de constituir família. Apesar de sua desastrosa redação, o dispositivo não exclui a adoção por **casais homossexuais**.

A adoção pode ser concedida aos **divorciados** e aos **ex-companheiros**, desde que o estágio de convivência tenha iniciado na constância da união e haja acordo sobre a guarda e o regime de visitas (ECA 42 § 4.º). Demonstrado o efetivo benefício ao adotando, é assegurada a **guarda compartilhada** (ECA 42 § 5.º).

Diante da pluralidade que adquiriu o conceito de família, o STJ deferiu a adoção por dois irmãos, reconhecendo que se tratava de **família anaparental**.[27]

O **consentimento dos pais ou do representante legal** do adotando é dispensado se os **pais** forem desconhecidos ou tenham eles sido destituídos do poder familiar (ECA 45 § 1.º). Nessas hipóteses, Belmiro Welter[28] sustenta que seria até dispensável o procedimento judicial de adoção, ao menos em favor de candidatos já habilitados ou quando já estabelecido o convívio.

Descabida a exigência da expressa manifestação dos pais registrais para a adoção, quando já existe o vínculo de filiação afetiva. Estando o adotando convivendo com os adotantes, nada justifica exigir a concordância dos genitores. Mas a recusa de um deles precisa ser justificada. Cabe figurar o exemplo do genitor que não convive com o filho e este cria forte vínculo com o padrasto. Ora, é desarrazoado impedir a adoção pela falta de concordância do genitor, até porque sua postura enseja, inclusive, a perda do poder familiar (CC 1.638 II). Deferida a adoção, se estabelece o vínculo de filiação com um dos genitores biológicos e com o adotante. É o que se chama de adoção **híbrida** ou **unilateral**. Sendo alguém adotado por uma única pessoa, não há qualquer impedimento a que permaneça o registro

com relação a um dos pais biológicos, mas, a requerimento do adotante, é possível excluir do registro de nascimento o nome de ambos os genitores.

Salutar a exigência de o **tutor** e o **curador** prestarem contas da sua administração para adotar o pupilo ou o curatelado (ECA 44). Como o tutor e o curador têm a **obrigação de prestar contas** (obrigação que inexiste em se tratando dos pais), não exigir o adimplemento de tal encargo poderia dar margem à busca da adoção como subterfúgio para simplesmente serem dispensados do encargo: bastaria adotar o tutelado ou o curatelado.

26.3. Unilateral

Solvidos os vínculos afetivos, a tendência de todos é buscar novos amores. Quando um ou ambos possuem filhos de uniões anteriores, há a possibilidade de o novo parceiro adotá-los. Forma-se um novo núcleo familiar - as chamadas **famílias mosaico** - e é natural o desejo de consolidar os laços familiares não só do par, mas também com relação aos respectivos filhos. Por isso, admite a lei que o cônjuge ou companheiro adote a prole do outro. Ocorre a exclusão do genitor biológico, que é substituído pelo adotante, permanecendo o vínculo de filiação com relação ao outro genitor (ECA 41 § 1.º). Em outras palavras, se uma mulher tem um filho, seu cônjuge ou companheiro pode adotá-lo. A criança permanece registrada em nome da mãe biológica e o adotante é registrado como pai. O filho mantém os laços de consanguinidade com a mãe e o vínculo paterno é com o adotante. O **poder familiar** é exercido por ambos, e o parentesco se estabelece com os parentes de cada um dos genitores.

É o que se chama de adoção unilateral. Estabelece-se uma **biparentalidade fática** do filho com o parceiro do genitor biológico.[29] Trata-se de forma especial de adoção, que tem caráter híbrido, pois permite a substituição de somente um dos genitores e respectiva

ascendência. Daí também se chamar adoção **semiplena**.[30] Subsistem impedimentos matrimoniais de duas ordens, tanto com relação à família de sangue (CC 1.521 I, II e IV), como com relação à adotiva (CC 1.521 III e V).

Nada justifica condicionar a adoção ao **consentimento** expresso do genitor. A necessidade da concordância é de todo descabida. Muitas vezes abandonado pelo pai, o filho passa a ter estreita vinculação com o companheiro ou marido da mãe. Como o abandono serve de causa para a perda do poder familiar (CC 1.638 II), esta é a única solução quando injustamente o pai se insurge contra a adoção. Resistir a essa possibilidade revela sacralização do vínculo familiar originário, ainda que desfeito, em detrimento do elo de afetividade que se estabeleceu com quem assumiu os deveres parentais. O pai somente precisa ser citado para se sujeitar aos efeitos da sentença, pois perderá o vínculo jurídico com o filho.

O novo cônjuge ou companheiro dispõe de **legitimidade ativa** para a ação de destituição do poder familiar do genitor cumulada com a ação de adoção.[31] Ainda que não requerida a destituição do poder familiar, este é um **efeito anexo** da sentença.

Para amenizar esse impasse, é possível o **enteado** acrescentar o **sobrenome do padrasto ou madrasta**, sem que, para isso, seja necessária a autorização do genitor (LRP 57 § 8.º). Tal possibilidade não subtrai do pai biológico os deveres decorrentes do poder familiar, mas serve de prova para o filho buscar o reconhecimento da filiação afetiva frente àquele que já lhe concedeu o direito ao uso do nome.

Quando ocorre o falecimento do padrasto, o enteado é equiparado ao filho e tem direito aos benefícios previdenciários (L 8.213/91, art. 16, III, § 2.º). Basta ser comprovada a dependência econômica.

Cada vez mais a jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de alguém ter mais de dois pais em seu registro de nascimento. É o que se chama de **multiparentaliade**. Por exemplo, quando a criança mantém vínculo socioafetivo tanto com o pai biológico quanto com novo companheiro da mãe. Nesta hipótese, ao invés de ser deferida a adoção unilateral, se acrescenta mais um pai e os respectivos avós na certidão de nascimento. Tal pode ensejar, inclusive, a alteração da composição do nome, com a inclusão do sobrenome do padrasto. Deste modo no registro vai constar o nome de três pais e de seis avós. Esta é uma solução para lá de salutar, pois além de ser amado por um maior número de pessoas, o filho também terá um número maior de direitos, como a alimentos e direitos sucessórios.

Há três **possibilidades** para a ocorrência da adoção unilateral: (a) quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; (b) reconhecido por ambos os genitores, é deferida a adoção ao novo cônjuge ou companheiro do guardião, decaindo o genitor biológico do poder familiar; (c) com o falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.

Quanto à última hipótese, há divergência em sede doutrinária. A **morte do genitor** leva à extinção do poder familiar (CC 1.635 I). Na falta de um dos pais, o poder familiar é exercido exclusivamente pelo outro (CC 1.631). No entanto, há quem sustente que o genitor sobrevivente não tem o direito de dispor da identidade e do nome do filho, isto é, não tem legitimidade para autorizar a adoção, o que implica extinguir o poder familiar do genitor falecido.[32] Sob esse fundamento, a tendência é não admitir a adoção unilateral em face da impossibilidade de o genitor, em virtude da morte, se manifestar. Porém, com isso simplesmente alija-se de alguém o direito de ter nova identidade familiar. Em nome da preservação dos laços de parentesco com a família biológica, olvida-se que se está vivendo em plena era da **doutrina da proteção integral**, e que o interesse de crianças e adolescentes é prioridade absoluta. Como é indispensável

a concordância do adotando, ao menos depois da idade de 12 anos, manifestando-se ele favoravelmente à adoção, não há porque negá-la. No entanto, para a ação é indispensável a citação dos avós, pais do genitor falecido.[33] Além disso, cabe assegurar aos avós o **direito de visita**.

26.4. De maiores

A adoção de maiores nunca foi proibida. Ao contrário, era até facilitada, na medida em que podia ser levada a efeito por escritura pública, dispensando-se a via judicial.

A partir do advento da nova ordem constitucional, que consagrou o **princípio da igualdade da filiação** (CF 227 § 6.º), todos, independentemente da origem da filiação, passaram a gozar da condição de filhos, fazendo jus a idênticos direitos, ainda que tenham sido adotados antes da vigência da Constituição.

Tal levou a doutrina a questionar a **conveniência** de manter a adoção dos maiores de idade. As opiniões divergem. Há quem alegue que a adoção visa, sobretudo, ao exercício do poder familiar, não havendo justificativa para sua concessão aos maiores de 18 anos. Antônio Chaves sustenta que, além de ferir a finalidade do instituto, a adoção normalmente é revestida, nesses casos, de interesse escuso ou duvidoso, de ordem patrimonial ou econômica.[34] Esses argumentos mereceram veementes críticas de Sérgio Gischkow Pereira: *A adoção é instituto por demais sublime e grandioso para que se o amesquinhe com exegeses restritivas, alicerçadas no fechamento egoístico da família consanguínea, em estranhas concepções sobre meias-filiações e no aceitar de uma desigualdade que só provocará problemas psicológicos ao adotado, tudo em nome de interesses menores, porque puramente patrimoniais, ou seja, vinculados à herança*.[35]

No que concerne à adoção de adultos, limita-se o Código Civil a exigir a assistência efetiva do poder público, o que torna necessária a **via judicial**, aplicando-se, no que couber, as regras do ECA (CC 1.619).

Como se trata de direito personalíssimo, que diz com o estado da pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e de adotado, mas é dispensável **estágio de convivência**. Caso a adoção não seja pleiteada pelo casal, é necessária a **anuência do cônjuge ou companheiro** do adotante (ECA 165 I).[36]

Persiste a vedação da adoção por **ascendentes** ou entre **irmãos** (ECA 42 § 1.º). Assim, avós não podem adotar netos e irmãos não podem ser adotados uns pelos outros, ainda que sejam adultos. Como o vínculo de parentesco alcança também a união estável (CC 1.595), a restrição estende-se aos conviventes, sendo vedada a adoção entre ascendentes e descendentes, mesmo depois de rompida a união. Contudo, não há qualquer óbice à adoção entre **parentes colaterais** de terceiro e quarto graus.

De todo dispensável o **consentimento dos pais biológicos**,[37] principalmente quando constituído vínculo de filiação socioafetiva.[38] No entanto, é necessária a **citação dos mesmos**, que participam da ação como **litisconsortes necessários** (CPC 114).[39] Afinal, a sentença terá profunda ingerência nas suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras, não se esgota com a extinção do poder familiar. Como a adoção faz cessar todos os vínculos parentais, de todo desarrazoada a "perda" de um filho sem sequer tomar conhecimento deste fato. Cabe trazer como exemplo, a impossibilidade de eles pedirem alimentos ao filho que foi adotado, além de haver o rompimento da vocação hereditária entre ambos.

26.5. Internacional

A possibilidade de crianças e adolescentes perderem a nacionalidade ao serem adotadas por estrangeiros é tema que sempre gera acesos debates. Há quem considere a adoção internacional de grande valia para amenizar os aflitivos problemas sociais. Outros, no entanto, temem que se transforme em tráfico internacional ou, pior, que objetive a comercialização de órgãos. Mas a adoção tem como finalidade primordial atender ao aspecto da política social de proteção da infância, independentemente da nacionalidade dos sujeitos. O que interessa é construir uma família com todas as características psicossociais da família natural.[40]

Trata-se de adoção admitida constitucionalmente (CF 227 § 5.º), sendo delegado à lei o estabelecimento dos casos e das condições de sua efetivação por estrangeiros. O **ECA** não regulamentava o instituto e limitava-se a impor o cumprimento do **estágio de convivência** no território nacional.

Foi a **Lei da Adoção** que regulamentou a adoção internacional, de forma exaustiva e altamente burocratizada (ECA 51 a 52-D). Impôs tantos entraves e exigências que dificilmente um estrangeiro consegue adotar. Até parece que a intenção é impedir que ocorra. Os labirintos impostos transformaram-se em barreira intransponível para que desafortunados brasileirinhos tenham a chance de encontrar um futuro melhor fora de sua terra natal. Basta atentar que somente se dá a adoção internacional depois de esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira (ECA 51 § 1.º II), havendo ainda a preferência de brasileiros residentes no exterior (ECA 51 § 2.º).

O Conselho Nacional de Justiça expediu Resolução[41] possibilitando a inclusão de pretendentes estrangeiros no Cadastro Nacional de Adoção. A habilitação é feita em um subcadastro, e só pode

ocorrer quando esgotadas as possibilidades de inserção em família substituta nacional.

Para definir a adoção internacional o ECA socorre-se de **tratados internacionais** (ECA 51): aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil.

É chamado de **país de acolhida** aquele em que o adotante tem sua residência habitual (ECA 52 I). A adoção pressupõe a intervenção das **Autoridades Centrais** Estaduais e Federal (ECA 51 § 3.º), sendo admitida a intermediação de **organismos nacionais e estrangeiros**, sem fins lucrativos, devidamente credenciados (ECA 52 § 1.º). O credenciamento tem validade de dois anos (ECA 52 § 6.º). Semestralmente, os organismos devem apresentar relatórios pós-adotivos (ECA 52 § 4.º V) e, a cada ano, relatórios sobre o acompanhamento das adoções internacionais (ECA 52 § 4.º IV).

O pedido de adoção de brasileiro deve ser requerido à Autoridade Central do país de acolhida, que encaminha relatório à Autoridade Central Estadual de onde reside a criança (ECA 52 I, II, III). A habilitação do postulante estrangeiro ou residente fora do Brasil tem validade por **um ano**, podendo ser renovada (ECA 52 § 13).

Parecer elaborado por equipe interprofissional precisa demonstrar que o adotando se encontra preparado para ser adotado e levado a um país estrangeiro (ECA 51 § 1.º III). Tratando-se de adolescente, deve ser consultado.

A **sentença** concessiva da adoção internacional está sujeita a **apelação**, que é recebida no **duplo efeito** (ECA 199-A). Antes do trânsito em julgado da sentença, não é permitida a saída do adotando do território nacional (ECA 52 § 8.º). Após, a autoridade judiciária determina a expedição de **alvará** com autorização de viagem e para a obtenção de passaporte.

A Autoridade Central Federal brasileira pode, a qualquer momento, solicitar informações sobre a situação das crianças e adolescentes adotados (ECA 52 § 10).

A adoção por **brasileiro residente no exterior**, em país ratificante da Convenção da Haia, cujo processo de adoção tenha sido realizado em conformidade com a legislação vigente no país de residência, é automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil (ECA 52-B). Caso contrário, deve a sentença ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (ECA 52-B § 1.º).

Quando o **Brasil for o país de acolhida**, deve emitir certificado de naturalização provisório (ECA 52-C). E, se a adoção não for deferida no país de origem ou este não tiver aderido à Convenção, o processo segue o rito da adoção nacional (ECA 52-D).

Falando em adoção internacional, cabe lembrar que a adoção de estrangeiro feita por brasileiros concede ao adotado a condição de **brasileiro nato**, pois não admite a Constituição qualquer discriminação referente à filiação, nem mesmo quando decorre da adoção.

26.6. Póstuma

A sentença de adoção possui **eficácia constitutiva** e seus efeitos começam a fluir a partir do **trânsito em julgado da sentença** (*ex nunc*), não produzindo efeito retroativo (ECA 47 § 7.º). Contudo, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage à data do falecimento. Paulo Lôbo explica que o óbito faz cessar a personalidade e nenhum direito pode ser atribuído ao morto, sendo a retroatividade excepcional, no interesse do adotando.[42]

O deferimento da adoção depois do falecimento do adotante está condicionado à propositura da ação antes do óbito (ECA 42 § 6.º). A necessidade de que o **procedimento judicial** de adoção já tenha

iniciado, no entanto, deixou de ser exigida a partir de decisão do STJ.[43] Basta que seja comprovada a inequívoca manifestação de vontade em adotar, antes do falecimento. Trata-se de verdadeira adoção socioafetiva.[44]

A **posse do estado de filho** é mais do que uma simples manifestação escrita feita pelo *de cujus*, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção.[45] A justiça apenas convalida o desejo do falecido. Dá para afirmar que se trata de verdadeira **adoção nuncupativa**. Trata-se de um processo socioafetivo de adoção.[46] Opera-se simultaneamente a **extinção do poder familiar** existente e a constituição do vínculo de filiação civil.[47] Também é de admitir-se a adoção levada a efeito por meio de **testamento**, que evidencia claramente a intenção de adotar.[48]

Ora, no momento em que é admitida a possibilidade da adoção, mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, se está aceitando o **reconhecimento da paternidade afetiva**. Até porque é isso que a sentença faz. Flagrada a existência da posse do estado de filho, ou melhor, da posse do estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção.[49]

26.7. "À brasileira" ou afetiva

Há uma prática disseminada no Brasil - daí o nome adoção à brasileira - de o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente o registrando como se fosse filho seu. Esta espécie de adoção não se equipara ao instituto da adoção, pela forma como foi levada a efeito. Ainda que este agir constitua **crime contra o estado**

de filiação (CP 242), pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir, é concedido **perdão judicial**.[50]

Muito frequentemente, rompido o vínculo afetivo do casal, ante a obrigatoriedade de arcar com alimentos a favor do filho, o pai busca a desconstituição do registro por meio de **ação anulatória ou negatória de paternidade**. A jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato, praticado de modo espontâneo, não admite a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. Não tendo havido vício de vontade, não cabe a **anulação**, sob o fundamento de que a lei não autoriza a ninguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC 1.604). Ainda que dito dispositivo legal excepcione a possibilidade de anulação por erro ou falsidade, não se pode aceitar a alegação de falsidade do registro levada a efeito pela própria pessoa. Assim, registrar filho alheio como próprio, sabendo não ser verdadeira filiação, impede posterior pedido de anulação. O registro não revela nada mais do que aquilo que foi declarado - por conseguinte, corresponde à realidade do fato jurídico. Descabido falar em falsidade.[51]

A intenção de formar um núcleo familiar deveria ensejar a **adoção** do filho da companheira, e não o seu indevido registro. E, como a adoção é **irrevogável** (ECA 39 § 1.º), não se pode conceder tratamento diferenciado a quem faz uso de **expediente ilegal**. Inquestionável a vontade de quem assim age em assumir a paternidade, não podendo ser aceito **arrependimento posterior**. Imperativo prestigiar a **posse de estado de filho** de que desfruta o registrado, na medida em que se constituiu uma filiação socioafetiva. Ainda que seja obstaculizado ao **pai** a desconstituição, igual impedimento não existe com relação ao **filho**, que pode fazer uso da ação anulatória do registro, pois está a vindicar seu estado de filiação. Dispõe de legitimidade para buscar o reconhecimento da filiação biológica e a anulação do registro levado a efeito, independente da existência de **filiação socioafetiva** com o pai registral.[52]

Também pode o filho, somente buscar o efeito anulatório, sem intentar a ação de reconhecimento da paternidade contra o pai biológico. Dispõe ele do direito de simplesmente excluir do registro o nome de quem lá consta como seu genitor.

Reconhecida a **multiparentalidade**, quer simultânea, quer sucessiva, possível a inserção no registro da filiação biológica sem excluir o pai registral. O uso das técnicas de reprodução assistida, popularizaram esta possibilidade. A participação de mais pessoas no processo procriativo autoriza o registro de todos os envolvidos no assento de nascimento, o que só vem em benefício de quem foi assim gerado. Terá mais de um pai e uma mãe. Ou seja, mais pessoas vão amá-lo e assumir mais responsabilidades frente a ele, que terá direitos iguais frente a todos.

26.8. Dirigida ou intuitu personae

Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista das pessoas cadastradas à adoção, não sendo admitida, em hipótese nenhuma, a adoção por **pessoas não inscritas**. É tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem. Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição, até porque jamais havia pensado em adotar, até o dia em que o filho chegou ao seu colo. As circunstâncias são variadas. Há quem busque adotar o recém-nascido que encontrou no lixo ou quando surge um vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição.

É o que se chama de adoção *intuitu personae*, direta ou dirigida. A tendência é não aceitá-la. Não se reconhece o direito de a mãe eleger a quem dar o filho à adoção, sem atentar que este é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe

propiciar, é atitude que só o amor justifica! A ideologia da maternidade vivida nos nossos dias e nascida com a sociedade burguesa patriarcal confere a todas as mulheres a faculdade natural de amar sem restrições e de cuidar da criança que concebeu sob quaisquer condições. As que recusam de algum modo este destino biológico e social são consideradas exceções e recebem com frequência rótulos negativos e desqualificantes. Fazem-se assim as vítimas do mito do amor materno.[53]

Só que nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe considera serem os pais ideais para o seu filho. Esta é a posição do IBDFAM cristalizada em enunciado.[54]

Cabe lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear **tutor** ao filho (CC 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com ele depois da morte, não se justifica negar o direito de escolher a quem dá-lo em adoção. Aliás, não se pode olvidar que o encaminhamento de crianças à adoção requer o consentimento dos genitores (ECA 166).

Mas nada disso está sendo admitido. Mesmo que a mãe entregue o filho a quem lhe aprouver, o Ministério Público ingressa com pedido de **busca e apreensão**. O juiz não avalia a pessoa a quem a mãe entregou o filho, para verificar se a situação em que se encontra a criança atende ao seu melhor interesse. Não, imediatamente arranca a criança dos braços que sempre a acalentou e determina sua institucionalização. Lá ela permanece até findar o processo de destituição do poder familiar, o que frequentemente chega a demorar anos. Só depois a criança é entregue em adoção ao primeiro inscrito da lista disposto a adotá-la. Como, de modo geral, todos desejam adotar crianças de pouca idade, retirada de quem a quis, acaba sem ninguém que a queira.

A situação somente é referenda pela justiça quando reconhece a constituição do vínculo de filiação socioafetiva.[55] A sorte é que a jurisprudência vem sendo mais sensível, não determinando a institucionalização, mesmo quando há suspeita de burla ao cadastro.[56] O STJ, atentando ao princípio do melhor interesse,[57] tem aceitado o uso de mandado de segurança,[58] *habeas corpus*[59] e medida cautelar, mesmo antes de admitido recurso especial.[60]

Não havendo risco, deve ser prestigiado o período de convívio, ainda que o guardião não esteja cadastrado à adoção.[61] De outro lado, o **abandono** justifica a **destituição do poder familiar**, devendo a adoção ser deferida aos guardiões.[62]

Tendo a mãe procedido a **entrega** do filho - regular ou irregularmente - ou mesmo a jogado no lixo, posterior **arrependimento** não autoriza que busque sua restituição. Independente do tempo em que a criança se encontra em poder de quem a acolheu, a constituição da **filiação socioafetiva** impede que seja retirada dos braços de quem identifica como seus pais. Solução em sentido contrário configura mero apego ao biologismo, que não se justifica, deixando de atentar ao seu **melhor interesse** para privilegiar o desejo da mãe.[63]

A Lei da Adoção admite que uma pessoa ou um casal cadastrado para o acolhimento familiar receba crianças mediante guarda (ECA 33 § 2.º). E quem detém a guarda legal de criança maior de três anos ou de adolescente pode adotar mesmo que não esteja cadastrado à adoção. Basta a presença de laços de afinidade e afetividade e que não exista má-fé (ECA 50 § 13 III).

26.9. Homoparental

O tema ainda divide opiniões, mas não existe obstáculo à adoção por homossexuais. As únicas exigências para o deferimento da adoção são que apresente **reais vantagens** para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (ECA 43). Em um primeiro momento, *gays* e lésbicas se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atentar aos prevalentes interesses do adotando.

O resultado também vinha em prejuízo à criança. Vivendo em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um do par, restava absolutamente desamparada com relação ao outro, que também considerava pai ou mãe, mas que não tinham os deveres decorrentes do poder familiar. O não estabelecimento de uma vinculação **obrigacional** gerava a absoluta **irresponsabilidade** de um dos genitores para com o filho que também era seu.

Mesmo antes da histórica decisão do STF reconhecendo a união estável homoafetiva,[64] o STJ já havia admitido a adoção a casais formados de pessoas do mesmo sexo.[65] No entanto, as justiças estaduais de há muito já admitiam a parentalidade homoafetiva, e agora vem aceitando a **multiparentalidade**.[66]

26.10. Filho de "criação"

A partir do momento em que foi instituído o princípio da proteção integral, a filiação não pode ser alvo de designações discriminatórias. A palavra filho não admite qualquer adjetivação. Esta na hora de a pejorativa complementação "de criação" ser abolida. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. Sustenta Belmiro Welter que quem sempre foi chamado

de "filho de criação", ou seja, aquela criança - normalmente carente - que passa a conviver no seio de uma família, ainda que sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação.[67] Ainda resiste a jurisprudência em admitir a quem foi criado como filho - daí filho "de criação" - que proponha ação **declaratória de paternidade afetiva**, o que nada mais é do que uma forma de buscar a adoção.

26.11. De nascituro

A doutrina mantém aceso o debate sobre adoção antes do nascimento. Essa possibilidade estava expressamente consagrada na **legislação pretérita** (CC/16 372). O ECA, no entanto, somente admite que a mãe consinta com a adoção **após o nascimento** do filho (ECA 166 § 6.º). Antes ela precisa sujeitar-se a uma verdadeira lavagem cerebral na vã tentativa de convencê-la a permanecer com o filho. Equipe interprofissional presta-lhe orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção (ECA 166 § 2.º). Persistindo a intenção de não assumir a maternidade sua manifestação de vontade precisa ser colhida pelo juiz, em audiência, na presença do Ministério Público (ECA 166 § 3.º).

Diante disso não haveria mais como sustentar a possibilidade de adoção antes do nascimento. Até porque configuraria **adoção *intuitu personae*** que é vedada pela lei. Diz José Carlos Teixeira Giorgis que o catálogo protetivo dos infantes recomenda um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, o que se revela incompatível em relação a um ser enclausurado no corpo feminino; ademais, sendo a sobrevivência do nascituro mera cogitação, a adoção não pode ser atrelada a acontecimento incerto, o que conflitaria com a própria natureza do regime, que aspira a um parentesco definitivo e irrevogável.[68]

No entanto, nada justifica impedir a adoção antes do nascimento, quer porque a existência de um vínculo de confiança da gestante com os candidatos à adoção só vem em benefício da criança, quer em face das modernas técnicas de reprodução assistida, que estão desmotivando quem quer ter um filho de optar pela adoção. De outro lado, a injustificada tentativa de entregar a criança à família extensa - procedimento que se prolonga por anos - subtrai-lhe o direito constitucional à **convivência familiar**. Às claras que a referência não diz com a família biológica, mas com a família que tem condições de inseri-la numa estrutura familiar: os adotantes.

26.12. Lei Nacional da Adoção

Na tentativa de agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições, a chamada de Lei Nacional da Adoção (L 12.010/09) não faz jus ao nome, pois só veio dificultar o processo de adoção. De forma injustificável por onze vezes reitera a preferência à família natural.[69]

Ao dar nova redação a dois artigos do Código Civil (1.618 e 1.619) e revogar os demais artigos do capítulo da adoção, passou exclusivamente o ECA a regular a adoção de crianças e adolescentes. A adoção de maiores é regrada pelo Código Civil. Também foi modificada a lei que regula a **investigação oficiosa da paternidade** (L 8.560/92). E, talvez, a medida mais salutar trazida pela lei foi eliminar os prazos diferenciados da **licença-maternidade**, a depender da idade do adotado.

Muitas das mudanças são mera troca de palavras: o que era chamado de abrigo recebeu o nome de **acolhimento institucional** (ECA 90 IV). Foi priorizado o **acolhimento familiar**, nada mais do que pessoas que se habilitam, mediante pagamento, para temporariamente permanecerem com crianças. A permanência nas **famílias acolhedoras** não pode ser superior a dois anos, sendo que a

criança não pode ser adotada por quem a acolheu. Claro que o resultado é perverso. A criança acumula mais uma perda ao ter que retornar ao abrigo depois deste prazo. Talvez esta seja uma solução para os adolescentes tidos por "inadotáveis", só que não pode haver prazo, devendo permanecer com quem os acolheu mesmo após completar a maioridade.

Da mesma insensibilidade padece o **Programa de Apadrinhamento Afetivo**, que é instituído em âmbito municipal ou por entidades não governamentais. Na ausência de uma legislação ou regramento geral, muitos são os modelos existentes. No entanto há uma injustificável restrição: para alguém se candidatar a apadrinhar uma criança não pode estar inscrito para adoção. Ou seja, o padrinho não pode adotar o seu afilhado, mesmo que entre eles tenha se formado um elo de afetividade.

A família de origem adquiriu o nome de **família natural** e foi trazido o conceito de **família extensa ou ampliada** (ECA 25 parágrafo único): é a que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Deste modo cabe somente buscar parentes que a criança gosta e revele o desejo de ir residir com ela. Não há qualquer justificativa para ir à busca de parentes longínquos que a criança nunca viu e com os quais jamais conviveu. E, quanto aos recém-nascidos, não se pode olvidar que não têm vínculo de convívio e de afeto com ninguém.[70]

Mesmo indo de encontro ao desejo da mãe - que quer entregar o filho à adoção e não a algum parente - parte o Estado à caça de algum membro da família, insistindo para que acolham a criança, ainda que tal situação gere para lá de precária. Afinal, fica sob a guarda ou da avó ou de algum parente, o que não lhe garante qualquer segurança jurídica. O "guardado" não adquire nenhum direito, quer a alimentos, quer à herança do "guardador".

Mas a lei tem méritos. Assegura ao adotado o direito de conhecer sua **origem biológica** e ter acesso ao processo de adoção (ECA 48). Garante aos pais o **direito de visitas** e a mantença do dever de prestar **alimentos** aos filhos quando colocados sob a guarda de terceiros (ECA 33 § 4.º). Há mais. Os grupos de irmãos devem ser colocados sob adoção, tutela ou guarda na mesma família substituta (ECA 28 § 4.º). É preferente a colocação de crianças indígenas ou provenientes de quilombo junto à sua comunidade ou membro da mesma etnia (ECA 28 § 6.º II), devendo ser ouvido o órgão federal responsável e antropólogos (ECA 28 § 6.º III).

É imposto aos dirigentes das entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional que, a cada **seis meses**, encaminhem a juízo relatório (ECA 92 § 2.º), elaborado por equipe interprofissional ou interdisciplinar, para a reavaliação judicial das crianças e adolescentes em programas de acolhimento (ECA 19 § 1.º). No entanto, não há a mínima chance de se tornar efetiva a limitação da permanência institucional em **dois anos** (ECA 19 § 2.º). Às claras que não há como o juiz reconhecer que atende ao melhor interesse da criança a necessidade de permanecer institucionalizada por prazo superior. A justificativa é apenas uma: não haver onde colocá-las.

O fato é que a adoção transformou-se em **medida excepcional**, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa. Assim, a chamada Lei da Adoção não conseguiu alcançar os seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acabou por impor mais entraves para sua concessão.

26.13. Cadastros

Determina o ECA que cada comarca ou foro regional mantenha um **duplo registro**: um de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de candidatos à adoção (ECA 50). A inscrição nos cadastros deve ocorrer em 48 horas (ECA 50 § 8.º),

sendo que sua alimentação e a convocação dos candidatos são fiscalizados pelo Ministério Público (ECA 50 § 12).

Além das listagens locais, existem os **cadastros estaduais** e um **cadastro nacional** (ECA 50 § 5.º). O Conselho Nacional de Justiça regulamentou a implantação e o funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção de Crianças e Adolescentes.[71] Com isso, há a possibilidade de uma criança de um Estado ser adotada por alguém do outro extremo do país. Também há a previsão de cadastros de candidatos residentes fora do Brasil (ECA 50 § 6.º). O CNJ também regulamentou a inclusão dos pretendentes estrangeiros e de brasileiros residentes no exterior.[72]

A adoção é condiciona ao prévio cadastro dos candidatos, mas a lei admite exceções (ECA 50 § 13): I - a adoção unilateral; II - formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III - se o pedido é formulado por quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé. Também é indispensável que fique comprovado que a solução é a que melhor atende ao interesse do adotando (ECA 197-E § 1.º).

Em qualquer dessas hipóteses, o candidato deve comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção (ECA 50 § 14). Outra possibilidade de ocorrer a adoção sem a prévia inscrição nos cadastros é por meio da **colocação em família substituta** (ECA 166). Basta os pais concordarem com o pedido, que pode ser formulado diretamente em cartório e sem a assistência de advogado. Só precisaram ser ouvidos judicialmente (ECA 166 § 1.º).

Ainda que haja a determinação de que sejam elaboradas as listas, deve-se atentar ao direito da criança de ser adotada por quem

já lhe dedica carinho diferenciado, em vez de serem priorizados os adultos, pelo só fato de estarem cadastrados. Não sendo a pretensão contrária ao interesse da criança, injustificável negar a adoção por ausência de prévia inscrição dos interessados. Principalmente quando a criança de há muito convive com quem reconhece como pais.

A finalidade das listas é **agilizar o processo** de adoção, organizar os pretendentes à adoção, facilitar a concessão da medida, e não deveria obstaculizá-la, como vem acontecendo. Estabelecido vínculo afetivo com a criança, é perverso negar o pedido e entregá-la ao primeiro inscrito. Tal postura desatende aos interesses prioritários de quem goza da especial proteção constitucional.

A enorme burocracia que cerca a adoção faz com que as crianças se tornem "inadotáveis", palavra feia, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém quer, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas ou não são perfeitas. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças lá estarem: ou foram abandonadas, ou os pais foram destituídos do poder familiar por negligência, maus-tratos ou abuso sexual. Nessa última hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas.

Portanto, o que era para ser simples mecanismo, singelo instrumento agilizador de um procedimento, transformou-se em fim em si mesmo. Em vez de meio libertário, passou a ser um fator inibitório e limitativo da adoção. Com isso, olvida-se tudo que vem sendo construído pela doutrina e já é aceito pela jurisprudência, quando se fala em vínculos familiares. Filiação socioafetiva, "adoção à brasileira", posse do estado de filho são novos institutos construídos pela sensibilidade da justiça, que têm origem no elo afetivo e levam ao reconhecimento do vínculo jurídico da filiação. É de tal ordem a relevância que se empresta ao **afeto** que se pode dizer que a filiação se define não pela verdade biológica, nem pela verdade legal ou pela verdade jurídica, mas pela verdade do coração.

Quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezá-lo afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes. Assim, independentemente da ocorrência de eventual vício de consentimento no procedimento de entrega do filho, há que se preservar o seu melhor interesse.[73]

26.14. Procedimentos para a adoção

A adoção de crianças e adolescentes (ECA 47) e de maiores de 18 anos de idade (CC 1.619), só pode ocorrer mediante **intervenção judicial** - tanto o procedimento para a habilitação à adoção como a ação de adoção.

É garantida a **tramitação prioritária** dos processos, sob pena de responsabilidade (ECA 152 parágrafo único). A ação de perda ou de suspensão do poder familiar precisam estar concluídas no prazo máximo de 120 dias (ECA 163). Assim também a ação de adoção, sob pena de **investigação disciplinar**, conforme determinação do CNJ.[74]

A sentença é **averbada**, mediante mandado judicial, no registro civil, sem qualquer referência à origem do ato (LRP 102 3.º). É tal o interesse em que a natureza do vínculo não seja revelada que da inscrição no **registro de nascimento** do adotado não deve constar nenhuma observação, sendo vedado o fornecimento de certidão (ECA 47).

Sustenta Belmiro Welter - não sem razão - a **inconstitucionalidade** do tortuoso, moroso e desacreditado processo de adoção judicial.[75] Preconiza ele a dispensabilidade do cumprimento de todos os requisitos legais (ECA 39 a 52-D), sob o fundamento de que o

reconhecimento do **filho afetivo** é consensual e voluntário. Argumenta, ainda, ser inútil a via judicial, principalmente se já houve a prévia destituição do poder familiar.

26.14.1. Habilitação

O procedimento de habilitação à adoção é de **jurisdição voluntária**.

A competência é da **Vara da Infância e da Juventude**, onde deve o candidato à adoção comparecer. Não é necessário estar acompanhado por **advogado**.

Se os candidatos forem casados ou viverem em união estável, hétero ou homoafetiva, deve o casal comparecer ao cartório. Mesmo que o candidato seja casado ou viva em união estável, a habilitação pode ser levada a efeito por somente um do par. Mas o cônjuge ou companheiro deve manifestar sua concordância.

Com a petição inicial é necessária a apresentação de uma série de documentos: comprovante de renda e de domicílio; atestado de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível (ECA 197-A). Na oportunidade os candidatos devem indicar o **perfil** de quem aceitam adotar.

O Ministério Público pode requerer a designação de audiência para a ouvida dos postulantes e de testemunhas (ECA 197-B II).

A inscrição dos candidatos está condicionada a um período de preparação psicossocial e jurídica (ECA 50 § 3.º), mediante frequência obrigatória a **programa de preparação psicológica**, orientação e estímulo à adoção interracial, de crianças maiores ou de adolescentes, de grupos de irmãos, ou com necessidades específicas de saúde ou deficiências físicas ou psíquicas (ECA 197-C § 1.º).

Há uma exigência particularmente perversa: incentivar, de forma obrigatória, o contato dos candidatos com crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados e em condições de serem adotados (ECA 50 § 4.º). Além de expô-los à visitação, pode gerar neles falsas expectativas. Afinal, a visita é tão só para candidatar-se à adoção. E, depois de habilitados, nunca mais os candidatos poderão ter contato com qualquer criança abrigada.

Deferida a habilitação, o postulante é inscrito nos **cadastros** (ECA 50), cuja ordem cronológica é obedecida quase cegamente (ECA 197-E § 1.º).

26.14.2. Ação de adoção

A adoção de uma criança, um adolescente ou uma pessoa maior de idade, depende da propositura de uma ação. É vedada a adoção **por procuração** (ECA 39 § 2.º), sendo necessária a participação do **Ministério Público**, por se tratar de ação de estado (CPC 178 II e 698).

A **competência** para a ação de adoção de **maiores** é das **varas de família**. Em se tratando de **crianças e adolescentes**, competentes são as **varas da infância e da juventude** (ECA 148 III). A fixação da competência deve atender ao princípio do juízo imediato, ou seja, do juízo onde se encontra o adotando, critério que melhor atende aos objetivos do ECA para a outorga de uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

A ação de adoção deve tramitar, tanto na primeira instância como nos Tribunais, com **prioridade absoluta** identificada com tarja apropriada na capa. Quando o adotado for criança ou adolescente **com deficiência ou doença crônica**, a prioridade é ainda maior (L 12.955/14).

Deve o juiz determinar a realização de **estudo social** e, se possível, **perícia** por equipe interdisciplinar. Provimento do CNJ

determina uma série de medidas a serem adotadas pelos Tribunais de Justiça, como a instalação de varas com competência absoluta em matéria de infância e juventude, composta de equipes técnicas e a realização de **audiências concentradas**.[76]

É necessário o **estágio de convivência** (ECA 46), havendo a possibilidade de o juiz dispensá-lo quando o adotando já estiver sob tutela ou guarda, por tempo suficiente para se avaliar a conveniência da constituição do vínculo (ECA 46 § 1.º). A guarda de fato não autoriza a dispensa do estágio (ECA 46 § 2.º), que precisa ser acompanhado por equipe interprofissional, preferencialmente com apoio de técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, os quais deverão apresentar relatório minucioso (ECA 46 § 4.º).

Quando o adotando contar com mais de 12 anos, é indispensável colher sua manifestação de vontade (ECA 28 § 2.º). Antes dessa idade, deve ser ouvido por equipe interprofissional e, **sempre que possível**, a sua opinião ser devidamente considerada (ECA 28 § 1.º). Para resguardar o melhor interesse da criança, que tem direito de se manifestar, é importante sua ouvida, independentemente de sua idade, do domínio da linguagem falada e de seu grau de maturidade.[77] Mas sua escuta não deve ser realizada pelo juiz, sendo recomendável que o desempenho desta tarefa seja por profissional com preparo especializado, da área da psicologia ou do serviço social.[78]

Na hipótese de os autores se separarem depois de iniciada a ação, como a adoção pode ser concedida a **divorciados** e **ex-companheiros**, devem ambos prosseguir com a ação. Caso um deles desista da adoção, nada impede que a demanda continue, com a concessão da adoção somente a favor de um dos pretendentes.

A adoção é estabelecida por sentença judicial, que dispõe de eficácia **constitutiva** e produz efeitos a partir de seu **trânsito em**

julgado. Há uma exceção a essa regra: quando ocorrer o **falecimento do adotante** no curso do processo de adoção, a sentença dispõe de **efeito retroativo** à data do óbito (ECA 47 § 7.º), desde que já tenha havido inequívoca manifestação de vontade (ECA 42 § 6.º).

Provimento do CNJ determina **investigação disciplinar** pela Corregedoria Geral da Justiça do magistrado sempre que tiver, sob sua condução, ação de adoção há mais de 12 meses.[79]

26.14.3. Recursos

A sentença que defere a adoção tem **eficácia imediata** e o eventual recurso não dispõe de efeito suspensivo. A exceção fica por conta da adoção internacional e de eventual risco ao adotado (ECA 199-A). Também não dispõe de efeito suspensivo a sentença que destitui um ou ambos os pais do poder familiar (ECA 199-B).

Em todos os procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, o sistema recursal é o do CPC.[80] Os recursos independem de preparo (ECA 198 I). O **prazo** para o Ministério Público e para defesa é sempre de 10 dias, salvo nos embargos de declaração (ECA 198 II). É assegurado juízo de retratação pelo juiz, devendo a remessa ao órgão recursal ser feita por decisão fundamentada, no prazo de cinco dias (ECA 198 VII).[81]

O recurso tem **prioridade absoluta** e o julgamento deve ocorrer em 60 dias (ECA 199-D), sob pena de investigação disciplinar.[82] Para isso é dispensada a revisão e a publicação da pauta de julgamento (ECA 199-C), sendo admitido parecer oral do Ministério Público (ECA 199-D parágrafo único).

26.15. Manifestação de vontade da genitora

A gestante ou a mãe que deseje entregar os filhos à adoção tem direito a assistência psicológica no período pré e pós-natal (ECA 8.º § 5.º). Precisa ser encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude (ECA 13 parágrafo único). O **consentimento** para a adoção é precedido de esclarecimento prestado por equipe interprofissional, em especial, sobre a irrevogabilidade da medida (ECA 166 § 2.º). O consentimento é colhido em **audiência** pelo juiz, com a presença do Ministério Público, e isso depois de esgotados os esforços para a manutenção do filho junto à família natural ou extensa (ECA 166 § 3.º).

O consentimento prestado **por escrito** precisa ser ratificado em audiência (ECA 166 § 4.º) e não pode ocorrer antes do nascimento do filho (ECA 166 § 6.º).

Apesar de os efeitos da adoção só terem início a partir do trânsito em julgado da sentença (ECA 199-A), até a data da sua publicação o **consentimento parental é retratável** (ECA 166 § 5.º). Tal possibilidade, na contramão do bom-senso, permite que a mãe biológica, depois de ter manifestado o consentimento em audiência, perante a autoridade judiciária e o Ministério Público, e após ser ouvida por equipe técnica, sendo devidamente esclarecida sobre as consequências de sua manifestação, simplesmente se arrependa.[83]

A simples discordância dos pais biológicos, porém, não pode levar ao desacolhimento do pedido de adoção.[84] Deve-se atentar ao melhor interesse do adotando, sob pena de a possibilidade de revogação do consentimento, por parte dos genitores, gerar insegurança tanto aos pretendentes à adoção como ao adotado, até porque, muitas vezes, este já se encontra na guarda dos candidatos à adoção.[85] Eventual **arrependimento** posterior à sentença é **ineficaz**, eis que a sentença é constitutiva da adoção.

26.16. Destituição do poder familiar

Como a adoção assegura todos os direitos decorrentes da filiação, seu deferimento leva à destituição do poder familiar dos pais biológicos. Mesmo não havendo a concordância dos genitores com a adoção, não é necessária a prévia propositura de ação autônoma de extinção do poder familiar. Possível a **cumulação** das demandas de destituição e de adoção. Como a concessão da adoção implica, necessariamente, na perda do poder familiar (CC 1.635 IV e ECA 41), mesmo havendo ausência de expresso pedido de destituição, considera-se o pedido como **implícito**. A destituição do poder familiar é um efeito reflexo da sentença concessiva da adoção. A única exigência é a **citação** dos genitores como **litisconsortes necessários**.

26.17. Declaração da ascendência genética

Admite o ECA a possibilidade de o adotado, a partir dos 18 anos, investigar - ou melhor, ver declarada - sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo de adoção (ECA 48). Por isso, o processo deve ficar arquivado e garantida sua conservação (ECA 47 § 8.º). Antes dessa idade, o adotado precisa receber assistência jurídica e psicológica para promover a busca (ECA 48 parágrafo único).

Gerando a adoção vínculo de **filiação socioafetiva**, a declaração da paternidade biológica, de um modo geral, não surte efeitos registrais, a impedir benefícios de caráter econômico. No entanto, cada vez com maior frequência é reconhecida a **multiparentalidade**, de modo a se reconhecer o estabelecimento da dupla filiação: a biológica e a adotiva. Assim, foi acolhida a ação de investigação de paternidade intentada pela criança, os pais adotivos e o pai biológico, em face do vínculo afetivo existente entre todos.[86] Promovida a adoção pelo tio e a esposa, que criaram a sobrinha desde o

nascimento, foi deferida a adoção em nome do casal adotante, permanecendo no registro o nome da mãe biológica.[87] Falecida a mãe em virtude de complicação pós-parto, seu irmão e a esposa passaram a criá-la, tendo sido deferida a adoção ao casal sem a exclusão do nome da mãe.[88]

De qualquer forma, seja para satisfazer mera curiosidade, seja em respeito ao direito de conhecer a origem biológica, ou mesmo para efeitos médicos, é indispensável admitir a declaração da paternidade genética sem desconstituir a filiação gerada pela adoção.

26.18. Benefícios legais

No caso de adoção ou guarda judicial de criança, é assegurado **salário-maternidade** e **benefício previdenciário** a ser pago pelo INSS, pelo prazo de 120 dias.[89] Injustificadamente o benefício não pode ser concedido a mais de um segurado, como na hipótese de adoção por um casal de mulheres. Somente uma pode usufrui-lo. Tanto a adotante como a guardiã fazem jus à **licença-maternidade (**CLT 392-A) e a sua prorrogação por mais 60 dias, se o empregado aderiu ao Programa Empresa Cidadã (L 11.770/08). Embora os direitos sejam reconhecidos somente à adotante mulher, nada justifica não serem concedidos **licença-paternidade** e benefícios previdenciários ao adotante. Mais uma vez coube ao Judiciário decidir, conferindo a licença de seis meses a um homem que havia adotado uma criança.[90]

Ocorrendo o **falecimento** da genitora, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do benefício a favor de quem ficar com a guarda do seu filho.[91] No âmbito da **previdência social**, em caso de falecimento do segurado que fizer jus ao salário-maternidade, o benefício será pago ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.[92] O

Conselho Superior da Justiça do Trabalho já concedeu licença-adotante a um pai solteiro.[93]

Como existe a possibilidade da adoção por uma única pessoa e também por casais homoafetivos, impositivo se falar em **licença-natalidade**, a ser usufruída por ambos os genitores pelo período de 15 dias e depois por qualquer deles, dividindo o tempo do modo como convencionarem.[94]

A Lei da Adoção (art. 8.º), ao revogar os §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 392-A da CLT, acabou com os prazos diversificados da licença, a depender da idade do adotado. No entanto, no âmbito do serviço público federal (L 8.112/90, 210), persiste a diferenciação temporal, às claras, de flagrante inconstitucionalidade, ao conceder tratamento discriminatório a mães e filhos. Ora, quanto maior a criança, mais difícil a adaptação ao novo lar. É fundamental que adotante e adotado disponham de um período para conviver e estreitar laços de afinidade. Crianças constroem sua estrutura social e emocional a partir da identificação com as pessoas que preenchem suas necessidades de alimentação, proteção, higiene, aconchego, entre outras, sendo que as necessidades psicológicas, quase sempre, suplantam as necessidades de ordem material.[95]

26.19. Parto anônimo

Ainda que o planejamento familiar seja assegurado constitucionalmente e existam - ou deveriam existir - políticas públicas que garantam acesso aos meios contraceptivos, o fato é que a gravidez precoce ou indesejada é uma realidade. A solução acaba sendo o **aborto**. Como ainda é prática considerada criminosa, a interrupção da gestação é realizada de forma clandestina, o que coloca a vida da gestante em risco. Outra forma de livrar-se do filho não planejado é abandoná-lo, quando do nascimento, em qualquer lugar. Assim, com uma frequência assustadora, recém-nascidos são encontrados em

lixões, rios e praças públicas. Na maioria das vezes, já mortos. Só ganham o noticiário quando são achados com vida.

Uma saída: o parto anônimo. A expressão é recente, mas tem origem em prática da Idade Média, historicamente chamada de "roda dos expostos" ou "roda dos enjeitados". O nome identifica os artefatos que eram colocados nas portas ou janelas dos hospitais, casas de misericórdia ou orfanatos, onde eram depositados os recém-nascidos. Acionado o mecanismo giratório, as crianças chegavam ao interior do estabelecimento. Curiosamente, como lembra Fabíola Albuquerque, a roda dos expostos apresentou-se como a primeira iniciativa pública de atendimento à criança, vez que histórias de abandono, desde os mais longínquos tempos, sempre fizeram parte da realidade social mundial.[96]

Esta prática existe em vários países. Há hospitais que dispõem de espaços externos que permitem que crianças lá sejam colocadas em anonimato. Tal, no entanto, não afronta o direito de conhecer a ascendência genética, uma vez que seus dados ficam registrados na maternidade.

Dita possibilidade sempre foi alvo de muitas críticas. Há quem a considere uma solução simplista e ingênua, inadequada e anacrônica sob o ponto de vista psicológico, para uma questão complexa como o abandono materno e paterno.[97] No entanto, como refere Rodrigo da Cunha Pereira, a lei não resolveria a questão do abandono. Não. Claro que não. Mas, certamente, poderia diminuir as formas trágicas do abandono.[98]

A tentativa de diminuir a clandestinidade dos abortos e evitar o abandono de bebês levou o IBDFAM a apresentar projeto de lei para instituir o parto anônimo. Mas o tema gerou tanta polêmica que foi arquivado.

Leitura complementar

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 139-155.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção*: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMARADELLA, Mylena Rios; PÁDUA, Vanessa de. Aspectos jurídicos do parto anônimo. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 87-110.

DIUANA, Solange; LADVOCAT, Cynthia. *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família.* São Paulo: Roca, 2014.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente*: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A verdade biológica e a verdade adotiva: a construção da identidade plena do filho adotado. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 30, p. 35-66, out.-nov. 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 27-100.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

1

Tânia da Silva Pereira, Da adoção, 158.

2

Enunciado 5 do IBDFAM: Na adoção o princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre a família extensa.

3

Ação de destituição do poder familiar. Ausência de condições dos pais e da família extensa. Menores expostos a situação de risco e negligência. Acolhimento institucional. Adoção. Cabimento. Cabível a destituição do poder familiar, imposta aos genitores que não cumpriram com os deveres insculpidos no art. 1.634 do Código Civil e nos arts. 227 e 229 da Constituição Federal, porquanto não apresentam condições de cuidarem dos filhos menores de idade, expondo-os a situação de risco e negligência, que culminaram no acolhimento institucional, e na destituição do poder familiar. Ademais, as crianças já estão sob a guarda de outras famílias, recebendo a devida proteção e amparo, totalmente adaptados, sendo adequada a adoção. Recursos desprovidos. (TJRS, AC 70056074933, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 18/09/2013).

4

Ação de destituição de poder familiar cumulada com adoção. Genitores não localizados. Citação por edital. Alegação de nulidade afastada. Não há falar em nulidade do processo quando a citação por edital foi precedida de inúmeras tentativas de localização dos requeridos, que nunca procuraram pelos filhos, abrigados há mais de 2 (dois) anos. Perda do poder familiar. É garantia das crianças a convivência familiar em ambiente adequado - art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente -, sendo amparada a destituição do poder familiar dos pais não responsáveis, ou seja, daqueles que faltam com assistência, criação e educação dos filhos - arts. 24 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção. Situação fática consolidada. As crianças que já vivem com a família substituta há mais de 2 (dois) anos, estando bem cuidadas e protegidas, devem ter regularizada a situação fática, em atenção ao melhor interesse deles. Negaram provimento ao recurso. (TJRS, AC 70055152235, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 26/09/2013).

5

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 41.

6

Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

7

Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 219.

8

Zeno Veloso, Direito brasileiro da filiação e da paternidade, 160.

9

José Fernando Simão, Afetividade e responsabilidade, 37.

10

Maria Claudia Crespo Brauner e Maria Regina Fay de Azambuja, A releitura da adoção..., 31.

11

Tânia da Silva Pereira, Da adoção, 152.

12

.João Baptista Villela, Desbiologização da paternidade, 404.

13

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 144.

14

Idem, 143.

15

Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

16

Idem, 173.

17

Heloisa Helena Barboza, Direito à identidade genética, 283.

18

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 32.

19

Enio Duarte Fernandez Junior, O rompimento do vínculo biológico derivado da adoção, 98.

20

Ação civil pública. Adoção. Não concluída. Devolução do menor. Doença hereditária. Liminar. Existência de vínculo familiar. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Recurso provido. Não há dúvidas que a convivência pelo período de mais de dois anos entre o menor e os agravados resultou em um vínculo familiar com o menor, interrompido apenas em decorrência do fato de este apresentar uma doença hereditária no sistema nervoso central. Contudo, não se pode desconhecer que se manteve o vínculo socioafetivo, de modo que, embora não tenham os agravados vínculo de consanguinidade com o menor, têm a obrigação de arcar com os alimentos provisionais, que lhe são devidos. (TJMG, 1.0481.12.000289-6/001, 2.ª C. Cív., Rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, p. 31/10/2012).

21

Ação civil pública. Indenização. Danos morais e materiais. Adoção. Devolução do menor. Responsabilidade civil dos pais adotivos configurada. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio dos irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (TJMG, AC 1.0702.09.568648-2/002, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 10/11/2011)..

22

Tânia da Silva Pereira reconhece a possibilidade de os pais biológicos resgatarem a relação familiar como família substituta, estritamente através de guarda ou tutela, mas jamais adotá-lo, por se tratar de ascendentes biológicos, o que é vedado pelo § 1.º do art. 42 do ECA (Da adoção, 167).

23

Recurso especial. Ação de adoção c/c destituição do poder familiar movida pelos ascendentes que já exerciam a paternidade socioafetiva. Sentença e acórdão estadual pela procedência do pedido. Mãe biológica adotada aos oito anos de idade grávida do adotando. (...) Prevalência dos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse do menor. Art. 6.º do ECA. Incidência. Interpretação da norma feita pelo juiz no caso concreto. Possibilidade. Adoção mantida. Recurso improvido. (...) 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as Leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3.ª geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1.º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuitos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6.º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 7. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 1.448.969/SC (2014/0086446-1), 3.ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21/10/2014).

24

Adoção de maior. Ex-companheiro da avó materna. Ascendente por afinidade. Impossibilidade. O § 1.º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente veda a adoção por ascendentes e irmãos do adotando. Tendo restado demonstrado dos autos que o requerente foi companheiro da avó materna da adotanda, resta configurada a ascendência por afinidade que atrai a vedação do art. 42, § 1.º do ECA. Apelação conhecida e não provida. (TJDF, AC 20110710255623, 6.ª T. Cív., Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. 10/04/2013).

25

Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 42.

26

Adoção de maior. Ausência do requisito previsto no artigo 42, § 3.º, do ECA. Possibilidade de flexibilização da norma, para atender o espírito da lei. Autora que tem 15 anos e 11 meses de diferença de idade em relação ao réu, que é pessoa especial e está sob os cuidados da adotante, há 52 anos. Adotado o parecer da D. Procuradoria de Justiça. Sentença anulada. Apelo provido. (TJSP, AC 0001170-92.2011.8.26.0625, 14.ª C. Extraordinária de Direito Privado, Rel.Fábio Podestá, j. 05/05/2015).

27

[27] Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Família anaparental. Possibilidade. I. Ação anulatória de adoção *post mortem*, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção *post mortem* sem a demonstração cabal de que o *de cujus* desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. II. A redação do art. 42, § 5.º, da Lei 8.069/90 - ECA, renumerado como § 6.º pela Lei 12.010/09, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se recorrer à adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. III. Para as adoções *post mortem* vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. IV. O art. 42, § 2.º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. V. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando são os fins colimados pela norma, e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. VI. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do intérprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei. VII. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins

reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. VIII. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte. IX. Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual *status* daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2.º, do ECA. Recurso não provido. (STJ, REsp 1.217.415/RS (2010/0184476-0), 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/06/2012).

28

Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 78.

29

Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 39.

30

Idem, ibidem.

31

Pedido de adoção pelo padrasto. Forma de extensão do poder familiar. Cabimento. Destituição do poder familiar do genitor. Melhor interesse da criança. 1. Toda criança e adolescente têm direito, dentre outros, à convivência em família, à criação e à educação pelos pais, o que pode significar o estabelecimento das bases para uma vida digna. 2. O pedido de adoção formulado nos autos funda-se no art. 41, § 1.º, do ECA, o qual corresponde ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/2002: um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico devido à convivência familiar, ligada essencialmente à paternidade social ou socioafetividade, que, segundo a doutrina, seria o convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança sem a concorrência do vínculo biológico. 3. Revela-se abandono quando o pai biológico deixa de promover a efetiva criação, educação, guarda e os demais cuidados que lhe competiam em relação à filha. 4. A finalidade da adoção é oferecer um ambiente

familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança. 5. Nos processos de adoção o juiz deve observar as cautelas legais que se destinam à proteção da criança, bem como o superior interesse dos adotados. 6. Recurso improvido. Sentença mantida. (TJDF, AC 20080130030373, 5.ª T. Cív., Rel. Des. Gislene Pinheiro, j. 30/10/2013).

32

Waldyr Grisard Filho, Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?, 41.

33

Ação rescisória. Adoção unilateral pela companheira do pai dos adotados. Erro de fato e dolo da parte vencedora. Necessidade de participação dos avós maternos biológicos na ação de adoção. Preliminar de carência de ação. (STF, AI 840.484/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/03/2011).

34

Antônio Chaves, Adoção, adoção simples e adoção plena, 607.

35

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 123.

36

Em sentido contrário: Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 541.

37

Tânia da Silva Pereira, Da adoção, 160.

38

Recurso especial. Direito civil. Família. Adoção. Violação do art. 45 do ECA. Não ocorrência. Paternidade socioafetiva demonstrada com o adotante. Melhor interesse do adotando. Desnecessidade do consentimento do pai biológico. 1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva. (...) 6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado. 7. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.444.747/DF, 3.ª T., Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 17/03/2015).

39

[39] Ação de adoção. Pessoa maior de idade. Citação dos pais registrais. Necessidade. Citação editalícia. Considerando que a sentença do processo de adoção causa efeitos em face de terceiros, ainda que o adotando seja maior de idade, deve-se proceder à citação dos pais registrais. (...) (TJRS, AC 70055363675, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 26/09/2013).

40

Rozane da Rosa Cachapuz, Da importância da adoção internacional, 289.

41

CNJ Resolução 190/14.

42

Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 181.

43

STJ, REsp 457.635/PB, 4.ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/11/2002.

44

Ação de reconhecimento póstumo de paternidade socioafetiva. Improcedência. Alegado convívio com o finado como se filha fosse, apesar da ausência de vínculo biológico. Testemunhas, fotografias e certidão de guarda que evidenciam o laço afetivo e o ânimo do finado de reconhecer a paternidade, o que não fez em vida por ausência de instrução acerca da formalização dos procedimentos. Provimento. Embora a adoção possua um caráter personalíssimo, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite a mitigação da referida premissa, notadamente nas hipóteses de adoção póstuma (art. 42, § 5.º do ECA). Soma-se a esse fator, a relevante função social reconhecida ao instituto para que a inequívoca vontade do adotante assuma especial relevo nas ações em que se busca o reconhecimento jurídico da filiação, não obstante o falecimento dos pais socioadotantes. (TJSC, AC 2013.029795-7, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Domingos Paludo, j. 23/10/2014).

45

[45] Caio Augusto dos Santos e Cláudio José Bahia, Da possibilidade da adoção..., 488.

46

José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre adoção póstuma, 205.

47

Idem, 208.

48

Adoção socioafetiva. Declaração de vontade efetivada no testamento. Reconhecimento da adoção incidental. Possibilidade. O magistrado deve julgar com observância da legislação aplicável ao caso, mas não deve ignorar, diante das peculiaridades, a sensibilidade inerente ao ser humano, principalmente quando a relação a ser tutelada está fundada no afeto. A doutrina e jurisprudência vêm caminhando para o abandono do formalismo excessivo e, em se tratando de filiação socioafetiva, tem-se priorizado a dignidade da pessoa. No caso em exame deve ser reconhecida a adoção em razão do reconhecimento de filiação declarado no testamento deixado pelos falecidos pais afetivos da requerida, mesmo que o ato não se tenha efetivado com a observância estrita do procedimento prescrito na legislação. V.V. (TJMG, EI 10000084729359003, 4.º G. C. Cív., Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 20/02/2013).

49

Ação de destituição do poder familiar com pedido liminar de suspensão do poder familiar e acolhimento institucional. Decisão interlocutória que negou o abrigamento do menor e postergou a análise do pedido de suspensão do poder familiar. Ministério Público que pretende o acolhimento da criança ao argumento de que o guardião legal quando a recebeu, não estava cadastrado na lista de pretendentes à adoção. Alegativa de ter o guardião legal reconhecido a paternidade do infante com nítida intenção de burlar o cadastro de adotantes. Insubsistência. Criança que se encontra com o guardião legal e sua família desde o nascimento. Desconsideração da existência de vínculo socioafetivo entre o guardião legal, sua família e a criança. Convívio comprovado por mais de 3 (três) anos. Construção inconteste de laços afetivos. Reconhecimento da conformação de núcleo familiar. Enaltecimento constitucional do afeto como elemento caracterizador da relação familiar (art. 226). Impossibilidade de o estado-juiz intervir no âmbito familiar sem que haja justificativa de ordem protetiva. Comprovação por meio de acompanhamento contínuo da assistente social da comarca de Joinville/SC da satisfação do melhor interesse da criança ao permanecer na família. Evidente abuso no pedido de abrigamento da criança ante a inexistência de qualquer situação de risco. Inteligência do art. 227, da Constituição Federal. Manutenção da guarda da criança (nesta data com aproximadamente três anos e cinco meses) com o guardião legal.

Recurso desprovido. 1. Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão somente da letra expressa da Constituição Federal (art. 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4.º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a pacificação (...). (TJSC, AI 2013.021539-5, 6.ª C. Cív., Rel. Des. Denise Volpato, j. 09/06/2014).

50

Crime contra a família. Registro de filho alheio como próprio (CP, art. 242, *caput*). Recurso do Ministério Público. Alegada "adoção à brasileira". Pleito de condenação. Impossibilidade. Motivação nobre evidenciada. Genitora que não deseja ficar com a filha recém-nascida. Aplicabilidade do art. 242, parágrafo único, do Código Penal. Concessão do perdão judicial. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSC, ACr 20130740582, 2.ª C. Crim., Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 23/06/2014).

51

Fabíola Santos Albuquerque, Adoção à brasileira..., 361.

52

Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Ausência de vínculo biológico. Paternidade socioafetiva. Reconhecimento. "Adoção à brasileira". Improcedência do pedido.1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora. 2. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, dessume-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre

na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas. 4. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode "vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade; assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.352.529/SP, 4.ª T, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/02/2015).

53

Cynthia Ladvocat; Solange Diuana, Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família, 423.

54

Enunciado 13 do IBDFAM: Na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.

55

Ação de adoção 'intuitu personae'. Entrega da criança logo após o nascimento. Guarda definitiva. Ausência de indícios de má-fé. Não inscrição no cadastro de pretendentes à adoção. Criança com 05 (cinco) anos de idade e convivência com a adotante no mesmo período. Vínculos sócio-afetivos comprovados. Mitigação da observância rígida ao supracitado cadastro. Preponderância do melhor interesse da criança. Prioridade absoluta. Sentença que indeferiu a adoção. Recurso provido. O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira". Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro

para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuito personae'. - Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança. - A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG, AC 1.0194.12.006162-8/002, 2.ª C. Cív., Rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 27/01/2015).

56

Manutenção de guarda de menor. Determinação de recolhimento a abrigo. Suspeita de burla ao cadastro nacional de adoção. Convívio com a família substituta. Prevalência do interesse do menor. É possível a utilização excepcional da via do *Habeas Corpus* para se decidir questões referentes ao interesse de menor, quando diante de suspeita de burla ao Cadastro Nacional de Adoção, com a ocorrência de "adoção a brasileira", seja determinado o recolhimento da criança a abrigo institucional. Não havendo indícios de que a criança esteja exposta a risco a sua integridade física ou psíquica no lar do pai registral, necessário se faz conceder a ordem para manter a guarda com a família substituta até o julgamento final da lide principal, por não atender ao melhor interesse do menor seu acolhimento institucional em abrigo. (TJMG, HC 1.0000.14.025250-3/000, 4.ª C. Cív., Rel. Duarte de Paula, j.26/06/2014).

57

Medida cautelar. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae*. Aplicação do princípio do melhor interesse do menor. Estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados, com o qual ficou durante os primeiros oito meses de vida. Aparência de bom direito. Ocorrência. Entrega da menor para outro casal cadastrado. *Periculum in mora*. Verificação. Recurso improvido. (STJ, AgRg na MC 15.097/MG, 3.ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05/03/2009).

58

Mandado de segurança contra ato judicial. Extinção do processo de adoção e determinação de devolução da criança à mãe biológica, diante do seu arrependimento. Cabimento do *mandamus* apenas diante da demonstração categórica de

que o ato atacado é manifestamente teratológico. Adoção consentida. Guarda provisória concedida aos impetrantes quando o menor contava com quase um mês de vida. Casal devidamente habilitado. Realização de estudos sociais e psicológico, todos concluindo que o infante estava completamente adaptado à família substituta, com grande afeto pelos adotantes, em adequado estado de desenvolvimento. É relatado também que a genitora que se mostrava consciente da escolha que fez o que era melhor para o menor. Ato judicial atacado que, diante do arrependimento manifesto da genitora, extinguiu o processo, determinando a entrega da criança à mãe biológica. Criança com um ano e sete meses de idade, que se encontrava com os impetrantes desde quase um mês, somente conhecendo os mesmos como pais. Flagrante risco de dano irreparável diante da iminência de o menor ser entregue a mãe biológica que desconhecia. *Decisum* que não prioriza os interesses do menor, que estava perfeitamente inserido no convívio familiar, tendo os impetrantes como única referência. Entrega da criança voluntariamente logo após seu nascimento. Genitora que procurou a Assistência Social, reclamando que os adotantes não estariam possibilitando o contato do menor suas irmãs e enviando fotos. Declaração, cerca de 8 meses após a entrega da criança, que não se concretizou em qualquer atitude que revelasse sua real intenção de reaver o filho. Conduta que traduz verdadeiro *venire contra factum proprium*. Tratando-se de direito Familiar, mormente de colocação de menor em família substituta, não se pode permitir condutas abusivas. Impetrantes que exerciam a guarda de modo regular, consentido pela genitora e com o aval dos estudos sociais e psicológico realizados. Sentença guerreada que, sem qualquer prévia avaliação aprofundada sobre as condições psicossociais do lar consanguíneo, no qual a criança estaria sendo realocada, entendeu que a desistência da genitora seria o único parâmetro para a revogação da guarda. Ato judicial proferido sem estudo prévio e atrelado apenas a hodierna desistência materna, desconsiderando o interesse da criança. Relatos no estudo social da agressividade e instabilidade emocional da genitora. Em atenção ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, art. 227 da CF e do art. 3.º do ECA, há de se apurar a situação que mais se adéqua ao melhor interesse da menor, razão pela qual as decisões que importem na retirada da criança do seio familiar devem ser revestidas de necessária cautela e ponderação dos interesses envolvidos. Diante da ímpar situação apresentada, forçoso reconhecer que a sentença guerreada não resguardou o melhor interesse do menor, porquanto sua abrupta retirada da única família que reconhece reveste a teratologia apresentada *in casu*. Concessão da ordem, a fim de revogar a sentença proferida nos autos do processo 0001678-11.2012.8.19.0039, prorrogando-se a guarda provisória até o trânsito em julgado de sentença, prosseguindo-se o processo. (TJRJ, MS 0067558-33.2013.8.19.0000, 19.ª C. Cív., Rel. Des. Ferdinaldo Nascimento, j. 01/04/2014).

59

Habeas corpus. Direito de família. Guarda e adoção. Menor impúbere (3 meses de vida) entregue pela mãe à casal interessado em sua adoção. Guardiães de fato. Situação irregular. Ação de acolhimento institucional ajuizada pelo Ministério Público. Busca e apreensão deferida em primeiro grau. Liminar negada pelo tribunal de origem. Encaminhamento do paciente ao abrigo. Medida teratológica. Melhor interesse do menor. Ordem concedida de ofício. (...) 11. Medida que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral. 12. Ordem concedida de ofício. (STJ, HC 274.845/SP (2013/0250389-7), 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/11/2013).

60

[60] Medida cautelar. Pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade. Medida excepcional. Afastamento das Súmulas 634 e 635 do STF. Precedentes. Presença dos requisitos da medida de urgência. Manifesta ilegalidade ou teratologia. Ação de adoção cumulada com pedido de destituição do poder familiar. Revogação abrupta da prorrogação da guarda provisória deferida aos pais adotivos desde o terceiro dia de vida da menor. Interesse da criança que deve ser protegida de sucessivas mudanças de lar. Inerente prejuízo emocional imputado ao menor. (...) 3. A verificação dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar está relacionada diretamente com a probabilidade de êxito do recurso especial, de modo que conveniente o exame da viabilidade do apelo extremo, ainda que de modo superficial. 4. No caso dos autos, em um exame perfunctório, constata-se a plausibilidade jurídica do recurso especial, porquanto manifesta a possibilidade de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e evidenciada a iminência do cumprimento do mandado de execução do julgado que determinou a entrega da menor aos pais biológicos sem a oitiva da família substituta. 5. Hipótese em que o menor deve ser protegido de sucessivas trocas de guarda e mudanças de lar que podem acarretar prejuízos a sua saúde e estabilidade emocional. 6. Medida cautelar procedente. (STJ, MC 20.264/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28/05/2013).

61

Medida cautelar de busca e apreensão. Decisão de primeiro grau que indeferiu a restituição da criança aos agravantes, bem como a guarda provisória pleiteada. Casal não cadastrado na lista de adotantes. Suspeita do Ministério Público de tentativa de adoção "intuitu personae". Deferimento do efeito ativo almejado. Má-

fé que não se presume. Existência de verossimilhança nas alegações apresentadas pelos agravantes. Evidenciada relação familiar, embora distante, com a genitora do menor. Vínculo afetivo demonstrado. Criança que esteve sob os cuidados dos agravantes durante os primeiros seis meses de vida. Inexistência de risco ao menor. Prevalência do melhor interesse da criança. Recurso conhecido e provido. O Estatuto da Criança e do Adolescente não adota o critério da legalidade restrita, mas sim o da discricionariedade, através de interpretação teleológica objetivando os fins sociais a que a lei se dirige, estando entre estes a proteção integral da criança e do adolescente. (TJSC, AI 20120880137, C. Especial Regional de Chapeco, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. 10/04/2014).

62

Destituição do poder familiar e adoção. A entrega da filha pela apelante a desconhecidos e a permissividade dessa situação por longos 09 anos, caracteriza abandono e justifica a destituição do poder familiar. Da mesma forma, a consolidação dos vínculos afetivos entre o casal apelado e a menina, ao longo do tempo, muito bem demonstrado por testemunhas e laudos técnicos, retiram qualquer possibilidade de indeferir a adoção pleiteada pelo casal apelado. Negaram provimento. (TJRS, AC 70052245586, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 27/02/2014).

63

[63] Ação de destituição do poder familiar cumulada com pedidos de adoção e guarda e com ação de busca e apreensão. Paternidade socioafetiva reconhecida. Criança que permanece na guarda do pai e da sua companheira desde que nasceu. Descabimento da alteração da guarda. 1. Se a genitora entregou a criança, logo após o parto, para o pai registral da criança e sua companheira, que passaram a cuidar da criança com zelo e amor, dando-lhe todas as condições necessárias para que tenha uma vida saudável, equilibrada e feliz, descabe alterar a guarda em favor da genitora, que se arrependeu meses após. 2. O arrependimento da genitora pelo fato de ter rejeitado o filho justifica o restabelecimento do vínculo, sendo-lhe deferida a visitação, nos moldes em que fora estabelecido primeiramente, mas não a alteração da guarda, pois é o interesse da criança que deve prevalecer sobre todos os demais, e certamente o interesse dela está em continuar residindo no seio da única família que ela conheceu, onde é amada e respeitada por todos, não se lhe podendo sonegar o direito de viver em paz, de conviver e de ser amada por aqueles que a acolheram e de ser feliz. (...) Recurso provido. (TJRS, AC 70056463391, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Jorge Luís Dall'agnol, j. 13/11/2013).

64

STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

65

[65] STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

66

Decisões disponíveis no *site* www.direitohomaofetivo.com.br.

67

[67]Belmiro Pedro Welter, Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, 132.

68

[68] José Carlos Teixeira Giorgis, A adoção do nascituro.

69

L 12.010/09 1.º § 1.º e ECA 19 § 3.º, 39 § 1.º, 50 § 13 II, 92 I e II, 100 parágrafo único X, 101 §§ 1.º, 4.º, 7.º, 9.º.

70

Ação de guarda. Infante acolhida em entidade institucional negligência da genitora. Destituição do poder familiar. Pretensa obtenção de guarda pela tia-avó materna. Ausência de vínculo de afinidade e afetividade situação que não se enquadra no conceito de família extensa ou ampliada. Princípio da proteção do melhor interesse da criança. Improcedência do pedido. Sentença mantida recurso desprovido. 1. Não basta que a pessoa pertença à mesma árvore genealógica, pois para que se considere como família extensa ou ampliada primordial é a existência dos vínculos de afinidade e afetividade entre a criança ou adolescente e os parentes com os quais convive. 2. "(...) Na perspectiva da reinserção familiar, não se justifica a busca por parentes, ainda que próximos biologicamente, mas que não tenham convivência com a criança e o adolescente e, muitas vezes, sequer os conhecem. Muito mais importante que a proximidade de vínculos biológicos é a qualidade e intensidade dos laços afetivos. E é por isso que se exige, além do parentesco e da convivência, a afinidade e afetividade. (...) Ressalte-se aqui que a afetividade deve ser recíproca entre a criança/adolescente e parente próximo." (KREUZ, Sérgio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente:*

direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas de acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121). (TJPR, AC 1073437-1, 12.ª C. Cív., Rel. Des. Joeci Machado Camargo, j. 12/02/2014).

71

Resolução 54/08.

72

Resolução 190/2014.

73

Adoção. Vício no consentimento da genitora. Boa-fé dos adotantes. Longo convívio da adotanda com os adotantes. Preponderância do melhor interesse da criança. 1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela serem asseguradas condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação à entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes. 3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõem aos brandidos pelas partes. 4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo - 09 anos - junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar. 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.199.465/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/06/2011).

74

CNJ Provimento 36/14.

75

Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, 72.

76

CNJ Provimento 36/14.

77

Gustavo Ferraz Mônaco e Maria Luiza Campos, O direito de audição de crianças e jovens..., 14.

78

Um belo exemplo é o programa denominado Depoimento Especial, que começou no Rio Grande do Sul e já foi implementado em vários Estados.

79

CNJ Provimento 36/14.

80

A Lei 12.594/12 inseriu algumas adaptações.

81

Apesar da referência ao agravo de instrumento, este é oposto diretamente perante o órgão recursal, não havendo falar em "remessa".

82

CNJ Provimento 36/14.

83

Sérgio Luiz Kreuz, Direito à convivência familiar, 130.

84

Suspensão do poder familiar. Abandono afetivo e material. Ausência de demonstração de vontade no restabelecimento do vínculo afetivo. Criança acolhida institucionalmente. Tenra idade. Cadastro para adoção. Decisão mantida. 1. Merece ser mantida a decisão interlocutória em que se determinou a suspensão do poder familiar da Agravante e o imediato cadastro de seu filho, criança de tenra idade, para adoção, tendo em vista que, apesar de a genitora ter se arrependido de entregar o menor para adoção, manifestando sua vontade no sentido de exercer a maternidade, não se comportou de maneira a restabelecer os laços afetivos com a criança, deixando de visitá-la em instituição de acolhimento por longo período, e não agindo de forma a tornar inconteste o seu desiderato de ter seu filho consigo. 2. A manutenção de criança de tenra idade em instituição familiar, sem perspectiva de restabelecimento de laços com sua genitora e sem o imediato cadastro para adoção, priva-a do seu direito de ser criada e educada no seio de uma

família (art. 19 do ECA), à convivência familiar e ao afeto. Agravo de Instrumento desprovido. (TJDF, AI 20130020147190, 5.ª T. Cív., Rel. Des. Angelo Canducci Passareli, j. 18/09/2013).

85

Maria Cláudia Crespo Brauner e Maria Regina Fay de Azambuja, A releitura da adoção..., 44.

86

PE - Recife, Proc. 0034634-20.2013.8.17.0001, Juiz de Direito Clicério Bezerra e Silva, j. 01/10/2013.

87

GO, Rio Verde, Proc. 221/11 - 201101808300, Juiz de Direito Wagner Gomes Pereira j. 13/08/2013.

88

MG, Nova Lima, n. do Proc. não disponibilizado, Juiz Juarez Morais de Azevedo, j. 17/09/2014.

89

A Lei 12.873/13 deu nova redação ao art. 71-A da Lei 8.213/91 - Planos de Benefícios da Previdência Social.

90

RJ- Rio de Janeiro - Proc. 0008790-13.2014.4.02.5101, 32.ª Vara da Justiça Federal, Juiz Federal Antônio Henrique Correa da Silva, j. 11/07/2014.

91

Lei complementar 146/2014.

92

A Lei 12.873/13 acrescentou o art. 71-B à Lei 8.213/91.

93

CSJT, Proc. 150-2008-895-15-00.0, Rel. Conselheiro Min. Carlos Alberto Reis de Paula, j. 27/03/2009.

94

Proposta de Emenda Constitucional 110/11, apresentada pela Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, em tramitação no Senado Federal.

95

Tânia da Silva Pereira, Da adoção, 174.

96

Fabíola Santos Albuquerque, O instituto do parto anônimo..., 139.

97

Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambuja, Parto anônimo..., 65.

98

Rodrigo da Cunha Pereira, O parto anônimo no direito brasileiro, 191.

27. PROTEÇÃO DOS FILHOS

SUMÁRIO: 27.1 Visão histórica - 27.2 Tentativa conceitual - 27.3 Guarda (convivência familiar) - 27.4 Guarda unilateral - 27.5 - Convivência compartilhada: 27.5.1 Igualdade parental - 27.6 Direito de convivência (visitas) - 27.7 Estatuto da Criança e do Adolescente - 27.8 Competência - 27.9 Ação de estabelecimento da convivência (guarda) - 27.10 Execução do regime de convivência (visitas) - 27.11 Busca e apreensão - 27.12 - Autorização de viagem - 27.13 Dano afetivo - 27.14 Alienação parental - 27.15 Sequestro internacional - Leitura complementar.

Referências legais: Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo D 99.710/90; Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada pelo D 3.413/00; CC 1.583 a 1.590; CPC 26 a 41, 178 I, 693 a 699, 189 II, 729 II; ECA 33 a 35 e 249; L 6.515/77 (Lei do Divórcio - LD); L 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) 12 VII; L 12.127/09 (Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos); L 12.318/10 (Lei da Alienação Parental); L 12.962/14; L 13.058/14; Resolução 131/11 do CNJ.

27.1. Visão histórica

Historicamente, os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe, pelo absoluto despreparo dos homens. Afinal, eles nunca puderam brincar com bonecas. Foram educados para serem os provedores da família. Já as mulheres eram adestradas para as atividades domésticas e sentem-se proprietárias exclusivas dos filhos.

O **Código Civil de 1916**, com claro viés punitivo, determinava que, em caso de **desquite**, os filhos menores ficavam com o cônjuge **inocente**.

A **Lei do Divórcio** igualmente privilegiava o **cônjuge inocente** (LD 10), dispondo o juiz da faculdade de decidir diversamente (LD 13).

A **Constituição Federal**, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5.º), provocando reflexos significativos no poder familiar. O **Estatuto da Criança e do Adolescente**, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformou-os em **sujeitos de direito**.

O **Código Civil** olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse ditado pelo ECA. Sob o título de **proteção da pessoa dos filhos**, de forma singela, estabelecia algumas diretrizes com referência à **guarda unipessoal**, e singelo regime de visitas.

Mas os tempos mudaram. Com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho e nas esferas de poder, maridos e companheiros foram convocados a participar mais da vida dos filhos. Acabaram descobrindo as delícias da paternidade e passaram a reivindicar maior convívio com a prole, quando da separação do casal. Pelo ranço cultural de que os filhos ficavam com a mãe e ao pai cabia tão só pagar alimentos e visita-los quinzenalmente, encontraram enormes resistências. Muitas vezes os filhos eram usados como ferramenta de vingança e o pai acabava absolutamente refém do poder materno, que só lhe permitia ter acesso aos filhos, quando ela deixava.

O fato é que os homens se uniram em número significativo de associações e organizações não governamentais. A primeira conquista ocorreu em 2008, com a alteração do Código Civil, instituindo a **guarda compartilhada** (L 11.698/08). Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1.º), a lei sinalizou preferência ao compartilhamento (CC 1.584, § 2.º). Mas o uso da expressão: **sempre que possível**, deu margem a uma

equivocada interpretação por parte da jurisprudência. De forma quase unânime, juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada.

Depois surgiu a **Lei da Alienação Parental** (L 12.318/10), que, por duas vezes, diz ser a guarda compartilhada prioritária (6.º V e 7.º). Também o **ECA** (42, § 5.º) assegura a guarda compartilhada na hipótese de a adoção ser concedida quando os candidatos já estejam separados.

Diante da pouca ou quase nenhuma eficácia da alteração levada a efeito, a chamada **Lei da Igualdade Parental** (L 13.058/14), determina o compartilhamento de **forma equilibrada**, mesmo quando não existir acordo entre os pais.

27.2. Tentativa conceitual

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não afeta nem os direitos e nem os deveres de ambos com relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do **poder familiar** em nada é afetado. O estado de família é indisponível.[1]

A unidade familiar persiste mesmo depois da separação de seus componentes, é um elo que se perpetua.[2] Deixando os pais de viver sob o mesmo teto, ainda que haja situação de conflito entre eles, é necessário definir a divisão do tempo de convívio com os filhos de forma equilibrada (CC 1.583 § 2.º). Mesmo no divórcio e na dissolução da união estável consensual, é indispensável que conste o que foi acordado com relação à guarda e à visitação (CPC 731 II).

Falar em guarda de filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. O rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos. Eles não podem se sentir objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores e nem sofrer as consequências desse desenlace.[3] Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo profundo sentimento de solidão, como se estivessem sozinhos no mundo.

A "**posse do filho**" não decorre da simples presença física no domicílio de um dos pais. O fato de o filho residir com um não significa que o outro "**perdeu a guarda**", expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo. A palavra **guarda** significa verdadeira **coisificação** do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de **sujeito de direito**. Como refere Gustavo Tepedino, *a carga semântica da palavra guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação da personalidade do filho*.[4]

Quanto mais conflituado o relacionamento dos genitores, mais minuciosamente deve ser regulamentado o regime de convivência, estabelecendo-se dias e horários de forma bastante rígida. Esta é a única forma de não deixar um genitor à mercê do poder do outro, só tendo acesso ao filho quando o outro "deixa".

Em boa hora veio a nova normatização, que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º) e a imposição da guarda compartilhada com a divisão do tempo de convívio de forma equilibrada entre os pais (CC 1.583 § 2.º). Ambos os pais persistem com todo o complexo de deveres que decorrem do

poder familiar, sujeitando-se à pena de **multa** se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).

A lei priorizara **guarda compartilhada** e impõe a igualdade parental. O juiz tem o dever de informar aos pais o seu significado. E, não havendo acordo entre eles, será estabelecido judicialmente o regime de compartilhamento.

27.3. Guarda (convivência familiar)

Conforme observa Rodrigo da Cunha Pereira, a expressão guarda, por veicular um significante muito mais de objeto do que de sujeito, tende a desaparecer.[5] Atualmente, de modo muito mais adequado, fala-se em **convivência familiar**.

A lei cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas. Quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.612), não dá a mínima atenção para a **doutrina da proteção integral** consagrada pela Constituição, nem para tudo que o ECA dita sobre o **melhor interesse** de crianças e adolescentes. Ao tratar da proteção dos filhos (CC 1.583 a 1.590), sucessivas leis, de forma didática, definem o que é guarda unilateral e compartilhada, impondo o compartilhamento mesmo contra a vontade dos genitores e eventual estado de beligerância entre eles (CC 1.584 § 2.º).

Com o rompimento da convivência dos pais, há a **fragmentação** de um dos componentes da autoridade parental, mas ambos continuam detentores do **poder familiar**. A guarda dos filhos é implicitamente conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais.[6] Também quando o filho for reconhecido por **ambos os pais**, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao seu melhor interesse (CC 1.612).

O **critério** norteador na definição da residência do filho é a **vontade dos genitores**. A definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia não fica exclusivamente na esfera familiar Pode a guarda ser deferida a **outra pessoa**, havendo preferência por membro da **família extensa** que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade (CC 1.584 § 5.º). No que diz com a **visitação** dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais (CC 1.589).

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, é preciso atentar para o momento de absoluta **fragilidade emocional** em que eles se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada (CC 1.583 § 1.º). O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba se refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Mesmo que a definição do regime de convívio esteja a cargo dos pais, é necessária a **chancela judicial**, que só ocorre após a ouvida do Ministério Público. Na ação de divórcio, é indispensável que tais questões fiquem definidas, não só quando se trata de divórcio consensual (CPC 731 II). Nas demandas litigiosas, com muito mais razão. Reconhecendo o juiz que o acordado pelos pais não atende aos interesses dos filhos, pode determinar a guarda compartilhada. A faculdade atribuída ao juiz de **não homologar** a separação (CC 1.574 parágrafo único) não se aplica ao divórcio. É possível tão só não homologar o que foi deliberado sobre os filhos.

27.4. Guarda unilateral

A lei define guarda unilateral (CC 1.583 § 1.º): *é a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.* A guarda exclusiva a um dos genitores decorre: do consenso de ambos (CC 1.584 I) ou

quando um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2.º).

Claramente a preferência é pela **guarda compartilhada**. Tanto é assim que, na audiência, deve o juiz informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada (CC 1.584 § 1.º). E, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, é aplicada a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2.º).

A cessação do vínculo de convivência dos pais não altera as relações deles com os filhos (CC 1.632). Compete a ambos o pleno exercício do **poder familiar**. Ainda que a guarda seja unilateral o não guardião pode ter os filhos em sua **companhia**, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz.

Igualmente tem ele o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem **legitimidade** para solicitar **informações** e até **prestação de contas**, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (CC 1.583 § 5.º).

É atribuição dos dois pais, o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos (CC 1.634 I), tendo ambos o dever de **fiscalizar sua manutenção e educação** (CC 1.589). Tanto isso é verdade que, mesmo ao genitor que não convive com o filho, a escola tem o dever de informar sobre a **frequência e o rendimento do aluno**, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.[7] Qualquer estabelecimento público ou privado tem esta obrigação, sob pena de **multa** de R$ 200,00 a R$ 500,00 por dia (CC 1.584 § 6.º).

Buscada a fixação liminar de guarda, seja na ação de divórcio, dissolução de união estável, seja como medida cautelar de separação de corpos ou em outra sede, preferencialmente deve o juiz decidir após a oitiva dos genitores, salvo se a proteção aos interesses dos filhos recomendar o contrário (CC 1.585).[8] Também

devem ser evitadas ao máximo, reiteradas alterações da guarda, até a definição definitiva.[9]

Quando o filho é **reconhecido** somente por um dos pais - geralmente a mãe -, é claro que fica sob a guarda de quem o reconheceu (CC 1.612). Aliás, nem poderia ser diferente. Registrado no nome de somente um dos genitores passa ele a exercer a **guarda unilateral**, constituindo uma **família monoparental**. Mas se a genitora for casada, o filho não pode residir no **lar conjugal** se não houver o consentimento do seu cônjuge (CC 1.611). A norma, além de **inconstitucional**, é para lá de **discriminatória**. A Constituição Federal (227) assegura, com prioridade absoluta, a convivência familiar. Nada justifica a necessidade da concordância do cônjuge para o filho residir na companhia de seu genitor. Como deve prevalecer o **melhor interesse da criança**, nada pode impedir que a guarda seja atribuída a quem o reconheceu, sendo totalmente descabido condicioná-la ao consentimento de cônjuge ou companheiro.

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.[10] Maria Antonieta Pisano Motta afirma que a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tende a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.[11]

Daí ter a lei determinado a adoção da guarda compartilhada, ainda que os pais se mantenham em estado de beligerância.

27.5. Convivência compartilhada

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, acaba havendo uma **redefinição** das funções parentais, com que resulta em uma divisão dos encargos. O dinamismo das relações familiares, com o maior comprometimento de ambos no cuidado com os filhos, fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos. É a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a **corresponsabilidade parental**, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço. Conforme Maria Antonieta Pisano Motta, compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.[12]

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole.[13] Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à **pluralização das responsabilidades**, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual.[14] Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.[15]

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal

poder lhes confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma **postura**, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.[16]

Mesmo antes de inserido na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes. Além disso, as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a esse modo de exercício.[17] Agora a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583 § 1.º). Sua aplicabilidade exige dos pais um desarmamento total, uma superação de mágoas e frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos.

A preferência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais. A regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não fica mais à mercê de acordos firmados entre os pais. Pode ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores.[18] Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda conjunta.[19]

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso (CC 1.584 I) ou por determinação judicial, quando ambos forem aptos a exercer

o poder familiar (CC 1.584 II).[20] Caso não estipulado no divórcio ou na ação de dissolução da união estável, é possível ser buscada por um dos pais em ação autônoma (CC 1.584 I). Mesmo que tenha sido definida judicialmente a guarda unilateral, qualquer dos pais tem o direito de pleitear a alteração.

Não há necessidade de ser definido o **lar** de um dos pais como de referência, mas quando reina um clima de beligerância, para que um não fique à mercê da vontade do outro, melhor que o juiz estabeleça as atribuições de cada um e o período de convivência de forma **equilibrada** (CC 1.584 § 3.º).[21] A expressão legal tem gerado muitos questionamentos, sobre o limite e extensão deste equilíbrio. Há quem diga que foi consagrada a **guarda alternada**, com tempo de convívio dividido igualitariamente entre os pais. Há uma enorme e injustificada resistência a esta modalidade de compartilhamento, principalmente dos profissionais da área psicossocial, sob a alegação de que a criança precisa ter um lar de referência. Estas conclusões, no entanto, não dispõem de comprovação científica.

O regime de compartilhamento não se reflete na **obrigação alimentar**, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas.[22] Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, os alimentos podem ser buscados pela via judicial.[23]

Somente quando ambos os pais se manifestam expressamente pela **guarda unilateral** o juiz não pode impor o compartilhamento. No entanto, caso somente um dos genitores não a aceite, deve ser determinada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se esta for a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 2.º).[24]

Como existe a possibilidade de crianças e adolescentes estarem sob a guarda de pessoas outras que não os genitores, o que ocorre

de forma bastante frequente com relação aos avós, nada impede que seja estabelecida a guarda compartilhada entre os avós e os genitores, ou entre um dos genitores e os avós.[25]

Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além de perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de **aninhamento**. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece. Só que, nesta hipótese, há necessidade da mantença de três residências.

27.5.1. Igualdade parental

A chamada **Lei da Igualdade Parental** (Lei 13.058/2014) alterou alguns dispositivos do Código Civil, mas manteve a superada nomenclatura e as definições de guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583 § 1.º). Mas explicitou: *o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido* ***de forma equilibrada*** *com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos* (CC 1.584 § 2.º).

Giselle Groeninga afirma existir uma confusão quanto ao significado da indigitada expressão "divisão equilibrada do tempo". Diz ser importante que esta se dê sempre tendo em vista as condições e interesses que variam em cada fase do desenvolvimento dos filhos, como também de acordo com as possibilidades dos pais, levando-se em conta o exercício diferenciado das funções parentais.[26]

Apesar da celeuma que se instalou, principalmente entre os profissionais da área psicossocial, não houve a consagração da **guarda alternada**: modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação brasileira e não se confunde com a guarda compartilhada, que se caracteriza

pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.[27] No mesmo sentido enunciado das Jornadas de Direito Civil.[28]

A mudança tem sido considerada uma ingerência demasiada do Estado na vida íntima e particular, uma intromissão sem limites nas decisões da família, com prejuízos significativos para o bom desenvolvimento dos filhos, que receberiam orientações de dois lares diferentes, muitas vezes com valores e princípios antagônicos. Além disso, não é levada em conta a **vontade dos filhos** de conviver ou não com um dos pais, de quererem ou não estar com um ou com outro.[29] Não se pode esquecer que o ECA determina que, sempre que possível, a opinião do menor deve ser devidamente considerada, respeitado o seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão (arts. 2.º; 15; 16, incs. I e II; 28, §§ 1.º e 2.º; e 83).[30]

O significado mais saliente da alteração legal é ter esclarecido expressamente que o compartilhamento da guarda não depende da **convivência harmônica** dos pais. Esta restrição nunca esteve na lei, foi equivocadamente imposta pela jurisprudência. As situações de litigiosidade não servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada do tempo de convívio. A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (CC 1.584 I). Caso não estipulada na ação de divórcio ou dissolução da união estável, há a possibilidade de ser buscada em demanda autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria (CC 1.584 I). Mesmo que um dos genitores não aceite compartilhar a convivência, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Ainda que tenham os pais definido a guarda unilateral, há a possibilidade de um deles, a qualquer momento, pleitear a alteração.

Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, comprovado que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada, encaminhando os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129 III), para desempenharem a contento as funções parentais. Somente se um dos genitores manifestar que não deseja o compartilhamento da guarda é que o juiz não o impõe (CC 1.584 § 2.º).

Na hipótese de a guarda ser determinada judicialmente é que cabe estabelecer atribuições e definir os períodos de convivência. Para isso, recomendável que seja feita avaliação por equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 3.º). O deferimento da guarda compartilhada, quando os pais se mantêm em estado de beligerância, não subtrai do juiz a responsabilidade de preservar o melhor interesse de quem constitucionalmente desfruta da proteção integral. Ao contrário, só faz aumentar seus encargos. Mantendo-se o clima de animosidade, tem ele a faculdade de atribuir a guarda a **terceiros**, preferentemente algum parente, com quem os filhos mantenham relações de afinidade e afetividade (CC 1.584 § 5.º).

Na guarda unilateral é assegurada ao genitor não guardião a obrigação de **supervisionar** o interesse dos filhos, bem como solicitar informações e **prestação de contas** (CC 1.583 § 5.º). Ora, em qualquer das modalidades de guarda, existem todas estas atribuições e encargos que não dizem com o regime de convivência. São inerentes ao **poder familiar**. Pelo jeito, quis a lei enfatizar que a responsabilidade parental e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar se encontravam indevidamente desequilibrados com o predomínio da guarda unilateral.[31]

Além da obrigação de dirigir a criação e a educação, exercer a guarda dos filhos e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, vários encargos foram

impostos de forma conjunta aos genitores e que dizem com o exercício do **poder familiar** (CC 1.634 III, IV, V, VII).

Determinado o compartilhamento, continua prevalecendo os superiores interesses dos incapazes quanto à atribuição da guarda: (a) é mantida a possibilidade de se deferir a guarda à terceira pessoa - até diversa dos próprios pais - que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (CC 1.584, § 5.º); (b) reafirma que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (CC 1.634); (c) prevê que a cidade considerada base da moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos (CC 1.583 § 3.º); (d) excepciona a regra da prévia oitiva da parte contrária, antes da concessão liminar de guarda, se a proteção aos interesses dos filhos exigir (CC 1.585).[32]

Quando os pais residem em **cidades distintas**, a base da moradia será a que melhor atende ao interesse dos filhos (CC 1.583 § 3.º).

A concessão da guarda compartilhada não subtrai a **obrigação alimentar** do genitor que tem melhor situação financeira, pois o filho merece desfrutar de condição de vida semelhante na residência de ambos. Afinal, diferenças muito significativas de padrão econômico não podem servir de motivo para convencer o filho a residir com quem tem mais a oferecer-lhe. Neste sentido enunciado das Jornadas de Direito Civil.[33]

Sobre a **quantificação** dos alimentos, pouca alteração o regime convivencial poderá trazer, exceto em casos excepcionais, uma vez que grande parte dos gastos infanto-juvenis se voltam às despesas com escola, plano de saúde, material escolar, remédio, roupas e calçados que se manterão fixos, independentemente do período em que o filho permanece com cada um de seus genitores.[34]

Apesar de algumas incongruências, a lei traz um punhado de benefícios. O seu maior mérito é consagrar o direito da criança, ao reafirmar o modelo da guarda compartilhada, que é afastada somente nas hipóteses em que um dos genitores ou ambos não se mostrem aptos para o exercício do poder familiar ou, ainda, se um deles não desejar exercitá-lo.

A dissolução dos vínculos afetivos dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da conjugalidade dos genitores não pode comprometer os vínculos de parentalidade, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que o divórcio ou a dissolução da união estável dos pais acarreta nos filhos.

A nova lei deixa muitas dúvidas e interrogações, o que não a desmerece. Mas há a necessidade de um esforço doutrinário para alcançar subsídios às decisões judiciais.

Assim, lá vão alguns questionamentos.

- Se o tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada, o que significa base de moradia? (CC 1.583 § 3.º). É quando os pais residem em cidades diferentes? E se forem em bairros distantes, quando a escola, por exemplo, é longe da residência de um dos genitores, será estabelecida uma base de moradia?

O fato de os alimentos serem irrepetíveis, não subtrai a legitimidade de genitor de buscar a prestação de contas? Esta probabilidade existe somente na guarda unilateral? (CC 1.583 § 5.º)

- O que quer dizer informações e/ou prestações de contas subjetivas? (CC 1.583 § 5.º)

• Como é exigido que o genitor declare ao magistrado que não deseja a guarda compartilhada (CC 1.584 § 2.º), é indispensável a designação de audiência para a homologação judicial da definição consensual da guarda unilateral?

• Estabelecida a divisão equilibrada do tempo de convívio, que atribuições poderão ser estabelecidas pelo juiz a cada um dos pais? (CC 1.584 § 3.º)

• Quais as prerrogativas que podem ser reduzidas pelo juiz ao detentor da guarda unilateral ou compartilhada em caso de descumprimento imotivado dos encargos em qualquer das suas modalidades? (CC 1.584 § 4.º)

• A concessão da guarda à família extensa impõe a institucionalização da criança até ser identificada a pessoa que revele compatibilidade com a medida, convocando-se os parentes com quem a mesma mantém relações de afinidade e afetividade? (CC 1.584 § 5.º)

• A imposição da multa diária a estabelecimentos públicos ou privados que negarem informações a um dos pais depende da propositura de ação judicial? (CC 1.584 § 6.º) Qual o rito do procedimento? A multa não se sujeita a qualquer espécie de atualização monetária?

• Em sede de antecipação de tutela, em que é pedida da concessão da guarda unilateral, é possível o estabelecimento da guarda compartilhada mesmo antes da ouvida do guardião? (CC 1.585)

• A indispensabilidade da anuência de ambos os pais para o filho mudar de residência permanentemente precisa ser formalizada? (CC 1.634 V) Caso não o seja, possível a alegação de ocorrência de alienação parental (LAP 2.º

parágrafo único VII), sujeitando o genitor a ver fixada cautelarmente o domicílio do filho e com o risco de ocorrer a suspensão da autoridade parental? (LAP 6.º VI e VII)

• Como é exigida a representação ou assistência judicial e extrajudicial dos filhos por ambos os genitores é possível a nomeação de advogados distintos? (CC 1.634 VII)

27.6. Direito de convivência (visitas)

Escassa, para não dizer inexistente, é a regulamentação do direito de convivência, que todos insistem em chamar de **direito de visitas**, expressão de todo inadequada, pois os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. A locução **de visitas** evoca uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização.[35]

Daí a preferência por direito de convivência ou **regime de relacionamento**, eis que é isso que deve ser preservado, mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Consagrado o **princípio da proteção integral**, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor.[36]

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é **direito do próprio filho** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito.[37] É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação do regime convivencial. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do

filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.[38]

Trata-se de um direito de **personalidade**, na categoria do **direito à liberdade**, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver.[39] Funda-se em elementares princípios de **direito natural**, na necessidade de cultivar o **afeto**, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz.[40]

Na hipótese de ocorrer a atribuição da guarda a **terceiros**, persiste a obrigação dos pais de supervisionarem os interesses do filho (CC 1.583 § 5.º), não sendo impedido o exercício do direito de convivência (ECA 33 § 4.º). Quanto mais se reconhece a importância da preservação dos vínculos afetivos, mais vem se desdobrando o direito de visita também a parentes outros. Assim, avós (CC 1.589 parágrafo único), tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes, eis que os elos de afetividade merecem ser resguardados.[41] Inclusive nas **uniões homoafetivas**, ainda que o filho seja do parceiro, impositivo assegurar o mesmo e igual direito.[42]

Quem não tem o filho sob sua guarda dispõe do direito de **fiscalizar sua manutenção e educação** (CC 1.589). Nada mais. Visando sanar essa omissão, o Código de Processo Civil determina que, na petição de **separação consensual**, além do acordo relativo à guarda dos filhos menores, deve constar o regime de visitas. (CPC 731 II).

Como várias pessoas têm legitimidade para buscar o direito de convivência, há que se reconhecer a ocorrência de **conexão** para evitar decisões conflitantes.[43]

27.7. Estatuto da Criança e do Adolescente

A expressão "guarda" é utilizada tanto pelo Código Civil como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas com significado diverso. No âmbito do ECA, diz respeito com a situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais e estão com direitos ameaçados ou violados (ECA 98). A guarda tem cabimento em duas situações em especial: (a) para regularizar a **posse de fato** (ECA 33 § 1.º) e (b) como medida liminar ou incidental nos procedimentos de **tutela** e **adoção** (ECA 33 § 2.º).

Da forma como a guarda está tratada no ECA, dá a entender que possui caráter **precário e provisório**. No entanto, o próprio Estatuto determina que o poder público estimule o acolhimento de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios (ECA 34). Essas situações, porém, tendem a se perpetuar no tempo. Ainda que, em um primeiro momento, possa parecer que a concessão da guarda serve para atender a **situações emergenciais,** pode se tornar **definitiva**. A instabilidade desta situação não se coaduna com os princípios atuais que privilegiam a consolidação dos vínculos afetivos. A colocação de uma criança em **família substituta** deve atentar ao cadastro dos adotantes, de modo a evitar um estado de insegurança, que sempre gera sentimento de medo.

A ausência de uma **terminologia** adequada que identifique a relação que se estabelece entre o guardião e a criança sob guarda, sujeita ambos a uma situação de absoluta fragilidade relacional, a evidenciar que essa modalidade protetiva não garante todo o leque de direitos assegurados pela Constituição. Transferida judicialmente a guarda a terceiros, o guardião assume obrigação de caráter assistencial de natureza material, moral e educacional (ECA 33), sendo que a criança ou o adolescente adquire a condição de dependência para todos os efeitos de direito, inclusive **previdenciários** (ECA 33 § 3.º). A exclusão de direitos previdenciários a quem está sob a guarda

do beneficiário, na reforma da **Lei dos Planos de Previdência Social** (L 8.213/91), ainda que posterior ao ECA, não tem o condão de excluir o benefício. Quer porque é proibido o retrocesso social, quer porque lei geral não revoga lei especial de caráter protetivo.[44]

A guarda não gera efeitos **sucessórios**, não concorrendo o "guardado" à sucessão hereditária do guardião. Assim, o seu falecimento deixa o menor em total desamparo.

Cabe questionar: há a possibilidade de revogação imotivada da guarda? O guardião pode, voluntariamente, abrir mão da guarda? Não existem sequelas obrigacionais de qualquer ordem? É possível permitir a simples desvinculação sem a ouvida da criança? Não se questiona o surgimento de um vínculo afetivo? Não se pode falar em filiação socioafetiva? E, finalmente, será que a fragilidade desse vínculo atende ao se melhor interesse?

Independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, a colocação em **família substituta** não implica na suspensão nem na extinção do poder familiar (ECA 28). O guardião tem o dever de assistência material, moral e educacional, o que lhe confere legitimidade para opor-se a terceiros, inclusive aos pais (ECA 33). Mesmo após a suspensão ou a destituição do poder familiar, persiste o dever de **alimentos** dos genitores. Quanto ao direito de convivência, só cabe ser mantido se não vier em prejuízo dos filhos.

Há uma prática bem difundida, de os **avós** buscarem a guarda dos netos exclusivamente para **fins previdenciários**. Ainda que muitas vezes os pais residam juntos e na dependência econômica dos avós, estes desempenham o dever de cuidado em decorrência da solidariedade familiar. Estando os genitores no exercício do **poder familiar**, não se justifica a concessão da guarda aos avós.[45] Mas o próprio STJ já decidiu de forma mais flexível, atentando ao melhor interesse da criança.44

27.8. Competência

Como o instituto da guarda encontra abrigo tanto no Código Civil como no ECA, tal fato, muitas vezes, dá margem a confusões, não só sobre qual legislação aplicar, mas também na hora de identificar o juízo competente. De forma bastante frequente, nas ações que envolvem guarda de crianças e adolescentes, é suscitado **conflito de competência** entre o juiz da vara de família e da vara da infância e da juventude. O critério para identificar o juízo competente é a situação em que se encontra a criança.[46] O juízo das **varas da infância e da juventude** só é competente se a criança ou adolescente estiver com seus direitos ameaçados ou violados, por omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão de sua conduta (ECA 98). A ocorrência de ameaça ou violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente é que determina, com exclusividade, a competência do Juizado da Infância e da Juventude (ECA 148 parágrafo único).[47] Daí a legitimidade do Ministério Público para propor demanda envolvendo interesse de crianças e adolescentes.

Estando o filho na companhia de um ou de ambos os genitores, as controvérsias que envolvem a guarda encontram-se na esfera familiar, ou seja, no âmbito do direito das famílias, e a competência é das **varas de família**. No entanto, mesmo que esteja na companhia dos pais, encontrando-se com seus direitos violados por omissão ou abuso, desloca-se a competência para os juizados da infância e da juventude. Em todos os outros casos, o juiz da família é o competente.

Alguns questionamentos surgem quando, por exemplo, a criança está sob a guarda de **avós** ou de algum outro **parente**. Para saber a quem compete decidir as questões que surgem, a maneira de encontrar uma solução é procurar identificar se, independentemente da companhia de quem se encontre, ela está desassistida.

Em face da dificuldade na definição da competência, impositivo admitir a fungibilidade. Um exemplo. O prazo para o recurso de **apelação** é de 15 dias (CPC 1.003) e o **prazo recursal** do ECA é mais exíguo: 10 dias (ECA 198 II). A tendência é limitar o prazo mais exíguo exclusivamente às ações regulamentadas no ECA.

A identificação do juízo competente tem sequela de outra ordem: nas varas da infância e da juventude não existe pagamento de **custas** (ECA 141 § 1.º e 198 I).

De qualquer modo, seja no juízo que for, a competência é a do **foro do domicílio** de quem detém a guarda,[48] matéria que foi sumulada pelo STJ.[49]

A ação corre em **segredo de justiça** (CPC 189 II), sendo obrigatória a participação do **Ministério Público** (CPC 178 II e 698).

27.9. Ação de estabelecimento do regime de convivência (guarda)

Não conseguindo os genitores, de comum acordo, definir a guarda dos filhos, é chamada a justiça para tomar essa difícil decisão. Ora, se nem os genitores - que são ou deveriam ser os maiores interessados no bem-estar da prole - conseguem entrar em acordo, muito mais dificuldade terá um estranho para julgar de modo a atender à determinação legal impor a guarda compartilhada, estabelecendo o tempo de convívio de cada um de modo equilibrado (CC 1.583 § 2.º).

Em face do estado conflituoso em que se encontram os pais, a ponto de não conseguirem decidir o destino dos filhos, a maneira de o juiz desincumbir-se desse delicado dever é socorrer-se de profissionais de outras áreas (CC 1.584 § 3.º). Afinal, a escuta do *quantum* de afeto dirigido a cada pai e a leitura dos indícios das relações

estabelecidas pela criança com cada um deles nem sempre podem ser feitas por operadores do direito.[50]

A **mediação** é uma das formas mais adequadas para solver esse tipo de controvérsia. A solução, em vez de ser ditada pelo juiz, é encontrada pelos pais, que assumem suas próprias responsabilidades, e liberta a criança aprisionada dentro desse confronto.[51]

O Conselho Nacional de Justiça expediu Recomendação[52] para que nas ações de guarda, divórcio e ações paralelas, os juízes, ao despacharem a petição inicial, sugiram às partes que participem da Oficina de Pais e Mães, disponibilizada *on line*.[53]

O ECA recomenda a **ouvida** da criança ou adolescente, sempre que possível. Quando da colocação em família substituta, deve sua **opinião** ser levada em consideração (ECA 28 § 1.º). Igualmente, se o adotando tiver mais de 12 anos, é necessário o seu **consentimento**, colhido em audiência (ECA 28 § 2.º). A **Convenção sobre os Direitos da Criança** (12 I) determina que as opiniões das crianças sejam levadas em consideração, segundo a sua idade e maturidade. Assim, impõe-se colher a manifestação de vontade de quem seus direitos estão sendo decididos. No entanto, a vontade do filho não pode ser o único elemento definidor da guarda.[54] As crianças experimentam grande aflição ao serem pressionadas a tomar partido, como se estivessem traindo um dos pais, e enfrentam terrível crise de lealdade.[55] A forma menos gravosa de colher a manifestação da vontade da criança é por meio do **Depoimento Especial**. Trata-se de moderna técnica levada a efeito por técnicos especializados através de vídeo e áudio.[56]

Independentemente de quem esteja com a guarda, sendo esta disputada em juízo, é desnecessário o oferecimento de

reconvenção para que o juiz decida de modo a atender ao melhor interesse da criança, em face do caráter dúplice da demanda.[57]

Mesmo disputando um dos pais a guarda exclusiva do filho, pode o juiz determinar a **guarda compartilhada**, quando reconhece que ambos são aptos a exercer o poder familiar (CC 1.584 § 2.º). Para isso, deve socorrer-se da intervenção de equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 3.º).

Reconhecendo a inconveniência de estabelecer a guarda compartilhada, ao definir a guarda em favor de um dos genitores, deve ser regulamentada a **convivência** com o outro genitor. Claro que, se eles estão se digladiando em juízo pela "posse" do filho, dificilmente o contato da criança com o não guardião estará acontecendo em um clima de normalidade. Assim, para garantir o convívio do filho com quem "perder" a disputa pela guarda, devem as visitas ser regulamentadas **de ofício**. Quando os envolvidos não são os pais, mas pessoas com quem a criança mantém um estreito vínculo afetivo, cabível também a fixação do regime de convivência.

Ao definir a guarda, pode o juiz impor não só à criança, mas também aos genitores e aos integrantes da entidade familiar, tratamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129 III e VI). Tal também é cabível quando evidenciados indícios de **alienação parental** (L 12.318/10 6.º IV).

27.10. Execução do regime de convivência (visitas)

Existem meios legais tanto para que um dos pais cumpra o regime de visitação como para que o outro entregue o filho, para que as visitas sejam cumpridas. Afinal, deixou o direito de convívio de ser um **direito da mãe ou do pai** de ter o filho em sua companhia. É muito mais um **direito do filho** de conviver com o genitor que não detém sua guarda. Assim, há uma obrigação - e não simples direito - dos pais de cumprirem os horários de visitação. Trata-se de um dos

deveres inerentes ao poder familiar, cujo descumprimento configura **infração administrativa** sujeita à **multa** de três a 20 salários mínimos (ECA 249). Igualmente, caracteriza **abandono**, a justificar até a **destituição do poder familiar** (CC 1.638 II).

A execução para o adimplemento da obrigação de visitas pode ser proposta por **qualquer dos genitores**. Tanto o guardião pode vir a juízo para que o outro cumpra com as visitas, como a demanda pode ser promovida por quem não o tem sob sua guarda para assegurar o direito de tê-lo em sua companhia. Ou seja, se o pai não visita o filho que vive na companhia da mãe, cabe a ela propor a execução para obrigar o genitor a visitá-lo. Também o pai, que tem assegurado o direito de visitas, pode ingressar em juízo contra a genitora, se ela as está impedindo.

O direito de convivência gera uma **obrigação de fazer infungível**, obrigação **personalíssima**, que deve ser cumprida pessoalmente. Nada impede que seja buscado o adimplemento, mediante a aplicação da chamada ***astreinte*** : tutela inibitória, mediante a aplicação de **multa diária**. Nada mais do que um gravame pecuniário imposto ao devedor renitente para que honre o cumprimento de sua obrigação. Instrumento de **pressão psicológica**, verdadeira sanção, destinada a desestimular a resistência do obrigado, de modo que ele se sinta compelido a fazer o que está obrigado.[58]

A multa cominatória não tem finalidade sancionatória ou reparatória. Age como **instrumento de coerção indireta**, tendente a dar efetividade ao mandamento judicial. A imposição possui, ainda, um sentido **ético**: romper a resistência insana do devedor, que, além de causar, com seu ato, prejuízo ao credor, desrespeita o Estado-juiz ao querer impor a perpetuação de sua inadimplência.[59]

Esse é um poderoso instrumento para induzir o genitor não guardião a cumprir a obrigação de, periodicamente, ter o filho em sua companhia. Também serve para obrigar o guardião a entregar o

filho nos horários e dias estabelecidos.[60] Não há sequer a necessidade de ser proposta **execução de fazer ou não fazer**, a medida pode ser requerida nos autos da ação em que foi estipulada a visitação.

As ações que têm por objeto interesses individuais próprios da infância e da adolescência (ECA 208 § 1.º) autorizam, no âmbito do poder geral de cautela do juiz, em caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a imposição de **multa diária**, liminarmente, após justificação prévia ou na sentença, independentemente de pedido do autor (ECA 213).

Salutar que, tanto nos acordos como nas sentenças, já seja prevista a imposição da multa para o caso de descumprimento da obrigação. Mesmo sem a previsão da multa por acordo ou na sentença, é possível sua aplicação. Proposta a ação que tenha por objeto o adimplemento da obrigação de convívio, é possível que o juiz, a título de **tutela antecipada**, ao determinar a citação do réu para cumprir a obrigação, já estipule a multa em caso de descumprimento. A fixação da multa não depende de **pedido**. O magistrado pode impô-la **de ofício**. Por exemplo, evidenciada a dificuldade de o guardião cumprir o regime de visitação, assegurada a visita para as férias escolares, ele será citado para entregar o filho ao outro genitor em determinada data, para não obstaculizar uma viagem já planejada para esse período.

Como a visitação tem alguma **periodicidade ,** melhor atende à natureza da obrigação fixar a *astreinte* em determinada importância em dinheiro, para cada oportunidade em que ocorrer o inadimplemento. Assim, todas as vezes que um dos genitores deixar de entregar o filho ou o outro não for busca-lo segundo o calendário estabelecido, se sujeita ao pagamento da multa. Deste modo, estipulada a visitação em fins de semana alternados, pode o juiz fixar o valor da multa para cada visita que não se concretizar. Assim, se a

mãe não entregar o filho, ou o pai não for buscá-lo, nasce a obrigação de pagar a multa, cujo valor reverte em prol do filho.

O descumprimento da decisão judicial que estabelece a forma de convivência, além de evidenciar a prática de **alienação parental**, também configura **ato atentatório à dignidade da justiça** (CPC 77 IV) ensejando a aplicação de multa, sem prejuízo das sanções penais (CPC 77 § 2.º).[61]

Na fixação do valor da multa, o juiz deve atentar às condições econômicas do devedor, quer para não onerá-lo de forma exacerbada, quer para não estimular a inadimplência, pela insignificância do seu montante. Sustentam Nelson e Rosa Maria Nery que o valor deve ser significativamente alto por tem **natureza inibitória**. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é o de obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica.[62]

27.11. Busca e apreensão

Quando em vez, no período das visitas, o genitor deixa de devolver o filho no dia e horário convencionados. Tal omissão enseja o uso da ação de busca e apreensão. Não se trata de **tutela provisória** a exigir, oportunamente, a propositura de ação principal, uma vez que a guarda já se encontra definida. Trata-se de **tutela de urgência de natureza antecipada** que se exaure com o cumprimento da medida liminar (CPC 300).

O adimplemento coacto da medida sempre é um episódio traumático, havendo muitas vezes a necessidade da intervenção de **força policial**. Em face das nefastas consequências que podem advir à criança, subtraída a fórceps por ordem judicial do convívio afetivo do genitor não guardião,[63] em vez da expedição de mandado de

busca e apreensão, recomendável que seja aplicada **multa** por cada dia em que não ocorrer a entrega do filho. Afinal, trata-se de descumprimento de obrigação de fazer (CPC 814).

27.12. Autorização de viagem

Separados os pais e assegurado a ambos o direito de conviver com os filhos, não há como impedir que viagem com eles, quer no território nacional, quer internacionalmente.

O tema é regulado pelo ECA (83 a 85) e pelo Conselho Nacional de Justiça.[64] Em se tratando de **viagens no Brasil**, crianças e adolescentes não precisam de autorização de ambos para viajar com um dos pais. Para viajar com pessoa estranha, basta a autorização de um dos pais ou responsáveis. Sem autorização de um deles, é indispensável autorização judicial.

Com referência a **viagens internacionais**, compete a ambos os pais conceder ou negar consentimento (CC 1.634 IV). O tema é disciplinado por Resolução do CNJ.

A autorização é dispensável se a viagem ao exterior é acompanhada de ambos os genitores. Para o filho viajar na companhia de somente um dos genitores, é necessária autorização do outro. Para viajarem desacompanhados ou em companhia de terceiros maiores e capazes, é preciso haver a autorização de ambos os pais. A autorização pode ser concedida por **escritura pública** ou **documento particular** com firma reconhecida.

Sem prévia e expressa **autorização judicial**, nenhuma criança ou adolescente brasileiro pode sair do País em companhia de estrangeiro.

É dispensável autorização judicial para a criança retornar ao país onde reside fora do Brasil, ainda que não disponha de dupla

nacionalidade. Estando na companhia de um dos genitores, não é necessária a autorização do outro.

Também é necessário o consentimento de ambos os genitores para a mudança permanente do filho para outro município (CC 1.634 V).

27.13. Dano afetivo

Entre os deveres decorrentes do poder familiar encontra-se o de exercer a guarda dos filhos - unilateral ou compartilhada - bem como dirigir-lhes a criação e a educação (CC 1.634 I e II). É encargo que compete a ambos os genitores, mesmo que separados (CC 1.631). Quando estabelecida a guarda unilateral, fica limitado o direito de um deles de ter os filhos em sua companhia (CC 1.632). Porém, ao genitor que não possui a **guarda** é assegurado o **direito de visitas** (CC 1.589).

O adimplemento do **dever de visita** sempre ficou exclusivamente à mercê da vontade do genitor, que escolhia, a seu bel-prazer, a hora, o dia e a periodicidade para ver os filhos. A estes só cabia aguardar pacientemente que o pai resolvesse vê-los. Também às vezes era o guardião que impedia o direito de visita do outro genitor, por vingança, decorrente de sentimento de abandono pela separação e, não raro, em face do inadimplemento da obrigação alimentar. É possível, ainda, imaginar hipóteses em que a "culpa" pelo abandono afetivo da prole possa ser imputado a ambos os genitores.

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a **perda do poder familiar**, por configurar abandono (CC 1.638 II). Porém, esta penalização não basta. A decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas uma bonificação pelo

abandono.[65] A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificamente, ao poder do pai.[66]

A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o **princípio da solidariedade familiar**, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral.[67] E quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas. Não só o genitor que abandona o filho, mas também aquele que oculta do outro a existência do filho, impedindo o estabelecimento do vínculo de paternidade, deve ser responsabilizado.[68] Tanto sofre dano o filho que não conheceu o pai, como este que, por não saber da existência do filho ou ter sido dele afastado, de forma a não conseguir conviver com ele. A genitora pode ser penalizada por sua postura, e ser condenada a indenizar o pai e o filho por ter ocasionado a ambos dano afetivo.

Profunda a reviravolta que produziu nas próprias relações entre pais e filhos o reconhecimento judicial da obrigação do pai de pagar indenização, a título de **danos morais**, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia.[69] Esta orientação tem despertado a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. A afetividade, como **dever jurídico**, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.[70] A responsabilidade do pai decorre do exercício de seu poder familiar de maneira **danosa ou destrutiva**. Quando o pai opta por

utilizar o poder familiar de maneira nitidamente danosa, desta relação de poder nasce sua responsabilidade.[71]

A indenização por abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar **papel pedagógico** no seio das relações familiares.[72] Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.[73]

No dizer de Rodrigo da Cunha Pereira, que foi quem primeiro levou o tema à justiça, o abandono parental deve ser entendido como uma **lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado**, causada por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar (CC 1.634), o que configura um **ilícito**: fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais.[74]

Neste sentido a decisão do STJ que atribuiu valor jurídico ao **cuidado**, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar.[75]

O **dano à dignidade humana** do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do

Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.[76]

A ação de indenização decorrente de abandono afetivo é da **competência** das varas de família,[77] sendo que o **prazo prescricional** é de três anos, a contar da maioridade do filho.[78]

27.14. Alienação parental

Quem lida com conflitos familiares certamente já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome: **síndrome de alienação parental - SAP, alienação parental** ou implantação de **falsas memórias**.

Apesar de ser prática recorrente - sempre existiu a tentativa de um dos pais desqualificar o outro - só recentemente o tema começou a despertar a atenção. Antes os papéis parentais eram bem divididos: o pai era o provedor e a mãe a cuidadora. Assim, quando da separação os filhos ficavam sob a guarda materna e ao pai cabia o encargo de pagar alimentos e visitá-los quinzenalmente, se tanto. Com a emancipação feminina, passando as mulheres a exercer atividades fora do lar, os homens descobriram as delícias da paternidade e começaram a ser muito mais participativos no cotidiano dos filhos. Quando da separação, eles não mais se conformam com o rígido esquema de visitação, muitas vezes boicotado pelas mães, que se sentem "proprietárias" dos filhos, exercendo sobre eles um poder absoluto.[79]

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer

emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal. Conforme Viviane Ciambelli, ferido em seu narcisismo, um genitor sente-se no direito de anular o outro e, a partir daí, ou ocupa onipotentemente o lugar do pai deposto junto à criança ou o substitui por uma pessoa idealizada, tornando-a mais valiosa. Dessa forma, entre relações falseadas, sobrecarregadas de imagens parentais distorcidas e memórias inventadas, a alienação parental vai se desenhando: pais riscam, rabiscam e apagam a imagem do outro genitor na mente da criança.[80]

Um dos genitores leva a efeito verdadeira "lavagem cerebral", de modo a comprometer a imagem que o filho tem do outro, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme descrito pelo alienador. Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao não verem mais o genitor, sem compreenderem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sintomas.[81] Assim, aos poucos se convencem da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram.[82] Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado.

O filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar um dos genitores. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é levada a afastar-se de quem ama e que também a ama. Este fenômeno manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido à tradição de que a mulher seria mais

indicada para exercer a guarda dos filhos, notadamente quando ainda pequenos. O alienador também pode ser o pai, em relação à mãe ou ao seu companheiro.

Assim, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores.[83] Pode ser levado a efeito frente aos **avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos**. Muitas vezes ocorre quando ainda o casal vive sob o **mesmo teto**. Certas condutas, ainda que teoricamente protegidas sob o manto da licitude e das "boas intenções", podem ocultar verdadeiros indícios de tentativa de denegrir a imagem de um dos genitores ou membros de sua família.[84]

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos.[85]

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a falsa denúncia de ter havido **abuso sexual**.[86] O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Dificilmente consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias. [87]

Essa notícia, levada ao Poder Judiciário, gera situação das mais delicadas. De um lado, há o dever do magistrado de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não

for verdadeira, traumática a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que, eventualmente, não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio. Mas, como o juiz tem a obrigação de assegurar proteção integral, de modo frequente **reverte a guarda** ou **suspende as visitas**, determinando a realização de estudos sociais e psicológicos. E, durante este período, cessa a convivência entre ambos.

O mais doloroso é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem - às vezes durante anos - acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez, depara-se o juiz com um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar. Enfim, deve preservar o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo?

É difícil a identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Complicado reconhecer que se está diante de uma alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Muitas vezes, nem os psicólogos conseguem identificar que se trata de sentimento de ódio exacerbado, que leva ao desejo de vingança, a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias, com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Sejam as acusações falsas ou verdadeiras, a criança já é vítima de abuso. Sendo verdadeiras, a vítima sofre as consequências devastadoras que este tipo de abuso proporciona. Sendo falsas, ela é vítima de abuso emocional, que põe em risco o seu sadio desenvolvimento.[88] A criança certamente enfrentará uma crise de lealdade e sentimento de culpa quando, na fase adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça.

A Lei 12.318/10 define alienação parental (art. 2.º): *interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a*

criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. De modo exemplificativo e bastante didático, são indicadas diversas formas de sua ocorrência (art. 2.º parágrafo único).

Havendo indícios de sua prática, possível a instauração de procedimento autônomo ou incidental, com tramitação prioritária (art. 4.º), devendo o juiz adotar as medidas necessárias à preservação da integridade psicológica do filho (5.º). Não só um dos pais ou algum parente que se sinta vítima da alienação parental pode intentar a ação. O juiz pode agir de ofício e o **Ministério Público** dispõe de legitimidade para a demanda.

Na inicial da ação, ou quando o pedido ocorrer de forma incidental, evidenciada a probabilidade do direito e o perigo de dano pode ser requerida **tutela de urgência** (CPC 300).

O **foro competente** para a propositura de ação é determinada pelo domicílio dos pais (ECA 147, I e CPC 50). A matéria foi sumulada pelo STJ.[89] No entanto, nas disputas familiares é frequente a **alteração de domicílio**, não só para dificultar a convivência entre o filho e um dos pais como também para provocar o deslocamento da competência. Neste caso, a alteração é irrelevante para a determinação da competência (CPC 43 e LAP 8.º).[90]

Inclusive a injustificada mudança de domicílio para local distante é reconhecida como prática alienadora (LAP 2.º parágrafo único VII), sendo admitida a **fixação cautelar** do domicílio, seja de ofício ou a requerimento da parte interessada (LAP 6.º VI), a fim de inibir o distanciamento entre pai e filho e, por conseguinte, o deslocamento da competência. Além disso, caracterizada a mudança abusiva de endereço, o juiz pode inverter a obrigação de levar ou retirar o filho da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (LAP 6.º parágrafo único).

Determinada a realização de **perícia psicológica ou biopsicossocial**, o laudo deve ser apresentado em 90 dias (LAP 5.º § 3.º). Caracterizada a prática de alienação parental ou conduta que dificulte a convivência paterno-filial, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do alienador, o juiz, além de declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador, pode adotar medidas outras como: ampliar o regime de convivência familiar; estipular multa;[91] determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada[92] ou sua inversão;[93] e até suspender a autoridade parental.

A Lei nada prevê quanto à **matéria recursal**, devendo ser aplicada o regime do CPC e não do ECA.[94]

Leitura complementar

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*: teoria e prática brasileira. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BICCA, Charles. *Abandono Afetivo*: o dever de cuidado e responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano*: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CIAMBELLI, Viviane M. *Impacto da Alienação Parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais*. São Paulo: Iglu, 2012.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Guardacompartilhada*. São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental:* realidades que a justiça insiste em não ver. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio*: uma interlocução da psicanálise com o direito. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DUARTE, Marcos. Alienação parental: restituição internacional de criança e abuso de direito de guarda. 2. ed. Fortaleza: Leis e Letras, 2014.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MICHEL, Voltaire de Freitas. Você me paga se não me amar - uma análise histórico-filosófica dos precedentes sobre abandono afetivo no Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun. p. 41-54.

OLIVEIRA, Euclides. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 277-339.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM; Magister, Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 5-19, ago.-set. 2012.

ROSELVAD, Nelson. Autonomia privada e guarda compartilhada. *RevistaIBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 61-72.

1

José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José Ferreira, Curso de direito de família, 34.

2

Fabíola Santos Albuquerque, Poder familiar nas famílias recompostas..., 171.

3

Lenita Pacheco Lemos Duarte, A guarda dos filhos na família em litígio:..., 202.

4

Gustavo Tepedino, A disciplina da guarda e a autoridade parental..., 309.

5

Rodrigo da Cunha Pereira , Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil

6

[6] Paulo Lôbo, Código Civil comentado..., 120.

7

L 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 12 VII.

8

Ação de modificação de guarda. Pedido liminar de guarda compartilhada. Provimento cautelar. *Fumus boni iuris*. Periculum in mora. Manutenção da decisão de primeiro grau. 1. O processo relativo à guarda de menor não visa ao atendimento do interesse dos pais, mas, de forma primordial, a prevalência do melhor interesse da criança. 2. Ausentes os requisitos fumus boni iuris e periculum in mora, de modo a se caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada e o perigo fundado de dano, antes do provimento final, deve ser mantida a decisão singular que indeferiu o pedido liminar de modificação da guarda acordada entre as partes de forma unilateral para guarda compartilhada. 3. Recurso ao qual se nega provimento. (TJMG, AI 10702140781239001, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 02/07/2015).

9

Guarda. Alienação parental. Alteração. Cabimento. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si

mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. 4. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda. 5. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso desprovido. (TJRS, AI 70065115008, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 13/07/2015).

10

[10] Claudete Carvalho Canezin, Da guarda compartilhada..., 24.

11

Maria Antonieta Pisano Motta, Compartilhando a guarda..., 599.

12

Idem , 596.

13

Sílvio Neves Baptista, Guarda compartilhada, 35.

14

Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, 287.

15

Denise Duarte Bruno, Direito de visita: direito de convivência, 319.

16

Maria Antonieta Pisano Motta, Compartilhando a guarda..., 597.

17

Edivane Paixão e Fernanda Oltramari, Guarda compartilhada de filhos, 67.

18

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens, regulamentação de guarda, visitas e alimentos. Determinação da guarda provisória do infante ao genitor. Decisão que deve se basear no princípio do melhor interesse

da criança. Elementos nos autos que apontam para a viabilidade de guarda compartilhada. Modalidade que somente pode ser afastada em situações excepcionais. Regra contida no Código Civil com alteração dada pela Lei 13.058/2014. Observância ao parágrafo 2.º do artigo 1.584. Decisão reformada. 1. De acordo com a recente alteração operada pela Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada é regra em todos os casos, ainda que não haja consenso entre os pais, se ambos revelarem-se aptos ao seu exercício. 2. As questões emotivas que revolvem os genitores em fase comumente tormentosa com o rompimento conjugal devem ser apartadas, e, não havendo qualquer fato desabonador da conduta daqueles, a guarda compartilhada revela-se medida mais condizente a preservar os interesses do menor, mantendo-se os laços paternos e maternos com estreiteza. 3. Recurso conhecido e provido. (TJPR, Proc. 1285390-8, 12.ª C. Cív., Rel. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 12/08/2015).

19

Ação de guarda ajuizada pelo pai. Sentença de procedência. Fixação da guarda da criança com o genitor. (...) Aplicação da guarda compartilhada como regra. Observância ao princípio do melhor interesse da criança. Exegese do artigo 1.584, §2.º, do Código Civil, alterado pela lei n. 13.058/2014. Desnecessidade de consenso entre os pais. Ademais, conjunto probatório hábil a demonstrar a ausência de fatos graves que desabonem a conduta de quaisquer dos genitores. Necessidade de implementação da guarda compartilhada para garantir o exercício do poder familiar por ambos os pais. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. Fixação da guarda compartilhada (artigo 1.584, § 2.º, do código civil) mediante acompanhamento periódico do núcleo familiar por no mínimo um ano. (...) (TJSC, AC 2015.020844-4, 6.ª C. Cív., Rel. Des. Denise Volpato, j. 07/07/2015).

20

Guarda compartilhada. Lei 13.058/2014. Regra. Melhor interesse da criança. Apelo provido parcialmente. I - De acordo com a Lei 13.058/2014, que altera os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil, a guarda compartilhada dos filhos é regra em todos os casos, ainda que não haja acordo entre os pais, salvo quando existir motivo excepcional que a impeça; II- Na espécie, não há elementos que afastem a possibilidade da incidência da guarda compartilhada. Na verdade, verifica-se que os genitores moram na mesma cidade (São Luis/MA) e no mesmo bairro (Cidade Operária), fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina das crianças, que poderão frequentar, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores; III- O Estudo Social indica a competência de ambos os genitores para dividirem o cuidado e

criação de seus filhos, apontando a guarda compartilhada como medida mais proveitosa para os maiores interessados, as crianças, que hoje contam com 05 (cinco) e 03 (três) anos de idade; Apelo parcialmente provido. (TJMA, AC 58917/ 2014, 2.ª C. Cív., Rel. Des. José de Ribamar Castro,j. 10/03/2015).

21

Enunciado 605 do CJF: A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

22

Guarda compartilhada e alimentos. Inexistência de incompatibilidade. Em princípio e em tese, a fixação de alimentos não é incompatível com o estabelecimento de guarda compartilhada. No caso dos autos, tanto o estabelecimento da guarda compartilhada, quanto a fixação de alimentos, são resultados da vontade convergente dos genitores, que estão de acordo com tudo, através de avença que atende aos interesses prevalentes da criança. Hipótese em que inexiste razão para obstar a homologação do acordo entabulado entre os genitores. Deram provimento. (TJRS, AI 70061150199, 8.ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 02/10/2014).

23

Enunciado 607 do CJF: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

24

Guarda compartilhada. A redação atual do artigo 1.584, § 2.º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, mas o regime de convivência entre pai e filha continua sendo o regime vigente, fixada residência habitual materna. Deram provimento. (TJRS, AI 70064723307, 8.ª C. Cív., Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 25/06/2015).

25

Ação de guarda. Guarda compartilhada entre o genitor e os avós paternos. Inconformidade da mãe. O contexto probatório dos autos demonstra que a regulamentação da guarda ocorreu de forma justa, observando o melhor interesse da criança, porquanto o pai e os avós possuem condições mais favoráveis ao exercício da guarda. Diante disso, firmado o vínculo da criança com os avós paternos e

o pai, bem como existindo estudos sociais favoráveis à preservação da situação consolidada, cumpre a manutenção da guarda estabelecida pela sentença. Negaram provimento ao apelo. (TJRS, AC 70057303919, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 30/01/2014).

26

Giselle Groeninga. Guarda Compartilhada e Relacionamento Familiar - Algumas Reflexões Necessárias.

27

Angela Gimenez, A guarda compartilhada e a igualdade parental.

28

Enunciado 603 do CJF: A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2.˚ do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

Enunciado 604 do CJF: A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

Enunciado 606 do CJF: O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

29

Ana Carolina Silveira Akel, Guarda Compartilhada.

30

Fernando Henrique Pinto, PLC 117/2013 - Guarda compartilhada.

31

Giselle Groeninga, Guarda compartilhada e relacionamento familiar - Algumas reflexões necessárias.

32

Fernando Henrique Pinto, PLC 117/2013 - Guarda compartilhada - O que realmente muda.

33

Enunciado 607 do CJF: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

34

[34] Angela Gimenez, A guarda compartilhada e a igualdade parental.

35

Rolf Madaleno, Direito de família em pauta, 86.

36

Denise Duarte Bruno, Direito de visita: direito de convivência, 323.

37

Denise Duarte Bruno, Direito de visita: direito de convivência, 313.

38

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Direito de família brasileiro, 174.

39

Sílvio Neves Baptista, Guarda compartilhada, 46.

40

Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada, 94.

41

Direito de visita. Avós paternos. Poder familiar. Interesse do menor. Recurso desprovido. I. Em face de sua inegável relevância para a salutar formação psicossocial do menor, é preciso que conviva com toda sua família, tanto a materna, quanto a paterna, a fim de assegurar os vínculos de afetividade parentais. II. A

regulamentação do exercício do direito de visita dos avós deve atender à necessidade do menor de convivência com seus familiares sem, contudo, retirar a autonomia dos pais quanto à sua criação e guarda. (TJMG, AC 1.0521.10.019430-2/001, 7.ª C. Cív., rel. Des. Peixoto Henriques, p. 01/09/2013).

42

Ação de cumprimento de acordo. Obrigação de fazer. Mãe socioafetiva. Cumprimento das visitas. Menor. Manutenção. O direito de visitação não pode ser abrigado só em razão do acordo judicial, pois decorre, em verdade, não de vínculo parental biológico, mas do (inequívoco) vínculo parental socioafetivo entre a autora e a criança, já reconhecido, aliás, no agravo de instrumento que fixou as visitas, antes do pacto judicial. (...) Nesse contexto, não havendo, no feito, comprovação de resistência do menor quanto ao convívio com a autora, e nem mesmo que este convívio possa trazer prejuízo ao infante, e apenas resistência da mãe biológica, após a separação da companheira, em manter a visitação ao infante, não há como ser obstaculizada a visitação avençada. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70057350092, 7.ª C. Cív., rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 11/06/2014).

43

Recurso especial. Ação de regulamentação de visitas proposta por avó paterna. Conexão. Ação de modificação de guarda e regulamentação de visitas proposta por pai. Possibilidade de decisões conflitantes. Reunião dos processos. Conveniência. Artigos analisados: art. 103 do CPC. 1. Ação de regulamentação de visitas ajuizada em 24/05/2011. Recurso especial concluso ao Gabinete em 08/08/2013. 2. Discussão relativa à possibilidade de reunião dos processos de regulamentação de visitas propostos por pai e avó paterna de menor, para julgamento conjunto, em razão da conexão. 3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. A conexão (art. 103 do CPC) constitui uma regra de modificação da competência, fazendo com que as causas conexas sejam reunidas para obter julgamento conjunto, com o escopo de evitar decisões conflitantes. 5. O instituto pressupõe a existência de causas que, embora não sejam iguais, guardem entre si algum vínculo, uma relação de afinidade, o que denota que o alcance da regra de conexão tem sido alargado, de modo a se interpretar o vocábulo "comum", contido no texto legal, como uma indicação do legislador de que, para caracterizar a conexão, seria desnecessária a identidade total dos elementos da ação, bastando tão somente uma identidade parcial. 6. Embora, na hipótese, não haja perfeita identidade das causas de pedir, ambas guardam íntima relação com o componente do afeto, da convivência familiar, da importância do estabelecimento de uma relação

entre a criança e família paterna. E os fatos que dão suporte aos pedidos, em ambas as ações, são os mesmos, ou seja, as alegadas dificuldades, criadas pela mãe da criança, para impedir que ela tenha convívio direto com a família paterna. 7. O reconhecimento da conexão e o julgamento conjunto evitará a realização de dois procedimentos instrutórios distintos, com eventual estudo psicológico e social para verificação das alegações dos autores de que a mãe da criança vem dificultando o seu convívio com a família paterna. 8. Poderá ser proferida uma única decisão válida para todos, que considerará todos os aspectos e condições familiares para que haja a visitação, evitando que haja conflito entre os dias e horários de visitas do pai e da avó. 9. Fica reconhecida a existência de um liame causal que torna os processos passíveis de uma decisão unificada em observância, outrossim, do melhor interesse da criança. 10. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1.413.016/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/02/2014).

44

Remessa de ofício e apelação cível. Conhecimento. Menor sob guarda. Dignidade da pessoa humana. Prioridade absoluta. Princípio da eficiência. Princípio da especialidade. Princípio da vedação ao retrocesso. Princípio da isonomia. 1. A regra que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários (art. 33, 3.º do ECA) consiste em uma manifestação normativa pontual do núcleo essencial de direitos humanos, a dignidade da pessoa humana. 2. A aplicação da norma, em sua plenitude, encontra assento no princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, insculpido no art. 227, *caput*, da Constituição Federal. 3. A garantia da condição de dependente ao menor sob guarda visa prestigiar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, razão pela qual, em atenção ao princípio da eficiência, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. 4. O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial em relação às Leis Previdenciárias, devendo a norma estatutária ser preferida na análise do conflito aparente de normas. 5. Conforme dispõe o principio da vedação ao retrocesso, é vedada a eliminação ou diminuição de direitos já conquistados. 6. A não consideração do menor sob guarda, como dependente, para fins previdenciários, viola o princípio da isonomia, uma vez que ao menor tutelado é garantido tais direitos. 7. Remessa de ofício conhecida. Sentença confirmada. 8. Recurso de Apelação conhecido e improvido. (TJPI, AC 60013427, 3.º C. Esp. Cív., rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, j. 15/12/2010).

45

Guarda. Transferência. Fins previdenciários. Descabimento. Flagrado intuito de obter vantagens previdenciárias, com o que se desvirtua o instituto da guarda e favorece a dependência previdenciária de quem, ainda que menor e merecedor

de toda proteção, não faz jus ao benefício, colaborando para a falência completa do modelo previdenciário. O fim previdenciário não está elencado entre as hipóteses legais de transferência ou compartilhamento da guarda. Proceder como pretende a apelante é fazer do efeito (o benefício previdenciário) a causa, em uma completa inversão lógica, tornando o Judiciário cúmplice de uma simulação perante a Previdência Social. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, AC 70052936465, 8.ª C. Cív. rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 18/04/2013).

46

Conflito negativo de competência cível. Ação de guarda. Menores que se encontram sob a proteção da avó paterna. Inexistência de estado de risco ou abandono. Inteligência dos arts. 98 e 148 da Lei 8.069/90. Inexistência de vinculação à vara especializada de menores. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado. Não se encontrando os menores em situação de risco e abandono, a competência para o seu exame não é da Infância e da Juventude, razão pela qual, na espécie, é do juízo suscitado a competência para o processamento e julgamento da demanda em trâmite em inferior instância (TJPB, Conf. Neg. Comp. 023.2010.000887-1/001, 4.ª C. Esp. Cív., rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, p. 04/06/2012).

47

Wilson Donizeti Liberati, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 138.

48

Conflito positivo de competência. Ação de guarda de filha. Melhor interesse do menor. Princípio do juízo imediato. Aplicação. Subtração da menor. Competência do juízo de direito da 4.ª vara de Limeira-SP. 1. (...) 2. Debate relativo à competência para o julgamento de ações de guarda, em face da alteração na residência da menor, promovida pelo pai, sem a anuência materna. 3. Nos processos que envolvem menores, de regra, o foro competente para dirimir conflitos envolvendo o interesse de menores é aquele do domicílio do detentor da guarda. 4. Não havendo, na espécie, excepcionalidades que ditem o afastamento dessa regra, deve ser fixado como foro competente para o julgamento das ações de guarda, o domicílio de quem, previamente, detinha legalmente a guarda, *in casu*, a mãe da criança. Precedentes. 5. Conflito conhecido para o fim de declarar a competência do Juízo de Direito da 4.ª Vara de Limeira-SP. (STJ, CC 124.112/MG, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 29/04/2014).

49

Súmula 383 do STJ: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

50

Gustavo Ferraz Mônaco e Maria Luiza Campos, O direito de audição de crianças..., 14.

51

Argene Campos e Enrica Gentilezza de Brito, O papel da mediação..., 293.

52

Recomendação 50/14 do CNJ

53

Disponível no site: www.cnj.jus.br/eadcnj

54

Guarda provisória do filho do casal. A vontade do filho adolescente não deve ser o elemento único e exclusivo para definição da guarda, ainda mais em faixa etária em que é natural a contestação quanto à hierarquia dos pais e responsáveis, além do que, o ambiente emocional tenso, decorrente da ruptura do relacionamento dos genitores, também é empecilho na emissão de opinião livre e desembaraçada do menor. Situação em que a vontade do filho deve ser analisada com parcimônia e no cotejo com outros elementos de cognição, devendo eventual alteração da guarda provisória ser operada com base em um contexto probatório mais amplo. Negaram provimento. (TJRS AI 70063571236, 8.ª C. Cív., Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 23/04/2015).

55

[55] Judith S. Wallerstein e Sandra Blakeslee, Sonhos e realidade no divórcio, 42.

56

José Antônio Daltoé Cezar, Depoimento sem dano:..., 23.

57

Ação de guarda de menor. Natureza dúplice da ação. Possibilidade de formulação de pedido contraposto. Súmula 7/STJ. 1. As ações dúplices são regidas por

normas de direito material, e não por regras de direito processual. 2. Em ação de guarda de filho menor, tanto o pai como a mãe podem perfeitamente exercer de maneira simultânea o direito de ação, sendo que a improcedência do pedido do autor conduz à procedência do pedido de guarda à mãe, restando evidenciada, assim, a natureza dúplice da ação. Por conseguinte, em demandas dessa natureza, é lícito ao réu formular pedido contraposto, independentemente de reconvenção. 3. Para se alterar o entendimento de que a mãe reúne melhores condições para ter a guarda do filho menor, seria indispensável rever o suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1.085.664/DF, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 12/08/2010).

58

Rolf Madaleno, Direito de família em pauta, 41.

59

Raduan Miguel Filho, O direito/dever de visitas..., 817.

60

Ação declaratória de alienação parental. Decisão determinou o cumprimento do acordo de visitas. Prevalência do interesse do menor. Imposição de multa. Possibilidade. Certo é que o convívio da figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, sendo assim, um contato físico maior entre pai e filho, torna a convivência entre eles mais estreita, possibilitando o genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação. Deve-se impor multa à genitora pelo descumprimento do acordo de visitas, haja vista os indícios de alienação parental, visando, inclusive, que esta colabore à reaproximação de pai e filha. (TJMG, AI 10105120181281001, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 23/01/2014).

61

Direito de família. Alienação parental. Verossimilhança das alegações. Inversão da guarda: impossibilidade. Aplicação de outras medidas: cabimento. Decisão judicial: descumprimento: multa. Procedimento criminal em curso. Medidas protetivas: cooperação judicial. 1. Demonstrada, por laudos competentes, a prática de alienação parental, essa que pode até mesmo ter ensejado denunciação caluniosa na seara penal, tornam-se verossímeis as alegações da parte prejudicada, impondo-se, de imediato, a aplicação das medidas estabelecidas no art. 6.º da Lei 12.318/2010, de modo a coibir a continuidade da prática, descabida, contudo, para a espécie, a inversão da guarda ou o encaminhamento da menor

para a família extensa dada a gravidade dos fatos apresentados e a situação de extrema litigiosidade vigente. 2. Estabelecidos, por decisão liminar, os parâmetros para retomada dos contatos entre as vítimas da alienação, mas frustrado o desenvolvimento dos serviços por conduta renitente de uma das partes, que opõe empecilho ao cumprimento de decisão judicial vigente, resta caracterizado ato atentatório à dignidade da justiça (art. 14, V, do CPC), ensejando a aplicação da penalidade específica. 3. Diante do aparente conflito entre a esfera cível e a criminal, incumbe aos julgadores entabularem contatos para cooperação judicial, sem se furtarem do dever constitucional de prestar a jurisdição, tudo conforme legalmente determinado e incentivado por atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, AI 1.0024.14.240618-0/001, 7.ª C. Cív., Rel. Oliveira Firmo, j. 28/07/2015).

62

Nelson e Rosa Maria Nery, Código de Processo Civil comentado..., 764.

63

Rolf Madaleno, Direito de família em pauta, 47.

64

CNJ - Resolução 131/11.

65

Alcionir Ferreira, O princípio da efetividade..., 61.

66

Cláudia Maria Teixeira da Silva, Descumprimento do dever de convivência familiar..., 123.

67

Maria Celina Bodin de Moraes, Deveres parentais e responsabilidade civil, 66.

68

Ação de indenização por danos morais. Paternidade reconhecida. Omitida perante a sociedade em informativo local. Cidade de pequeno porte. Repercussão geral. Danos morais configurados. Violação aos direitos da criança e do adolescente. Sentença mantida. A falta da relação paterno-filial acarreta violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme entendimento jurisprudencial consolidado pelo Egrégio

Superior Tribunal de Justiça, possível a indenização por danos morais decorrentes da violação dos direitos da criança. Inteligência do art. 227 da Constituição Federal. (TJMG, AC 0144.11.001951-6/001, 11.ª C. Cív., Rel. Des. Wanderley Paiva, p. 29/05/2013).

69

Ação de danos morais. Abandono afetivo de menor. Genitor que se recusa a conhecer e estabelecer convívio com filho. Repercussão psicológica. Violação ao direito de convívio familiar. Inteligência do art. 227 da CF/88. Dano moral. Caracterização. Reparação devida. Precedentes. *Quantum* indenizatório. Ratificação. Recurso não provido - sentença confirmada. A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual, assumido por ambos os genitores. (TJMG, AC 1.0145.07.411698-2/001, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Barros Levenhagen, p. 23/01/2014).

70

Paulo Lôbo, Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro, 15.

71

José Fernando Simão, Afetividade e responsabilidade, 41.

72

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Direito civil: estudos, 148.

73

Dano moral. Ação de indenização por danos morais ajuizada por filho em face de genitor, com alegação de abandono afetivo e material, eis que fruto de relacionamento extraconjugal, havendo o reconhecimento da paternidade tardio, com diluição de bens. Comprovação do relacionamento do réu com a genitora do autor. A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cônscios da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material configurados. Dano moral comprovado. Assédio moral é espécie de dano moral, não cabendo indenizações distintas. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos pelo réu, eis que a definição da indenização é critério subjetivo, não importando a sua redução em decaimento do pedido. Sentença

reformada nesse ponto. Apelo do réu Improvido, apelo do autor parcialmente provido. (TJSP, AC 00057805420108260103, 7.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 14/05/2014).

74

Rodrigo da Cunha Pereira, Responsabilidade civil por abandono afetivo, 11.

75

Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 24/04/2012).

76

Rolf Madaleno, O preço do afeto, 169.

77

Ação de indenização por abandono material e afetivo. Conflito negativo de competência. Omissão legislativa. Responsabilidade civil. Causa de pedir. Improcedência. Competência da vara de família. 1. A falta de norma expressa do Código de Organização Judiciária não desloca a competência da Vara de Família

para a Cível, se a matéria ventilada no processo tem pertinência com a relação familiar. 2. Doutrina e jurisprudência têm admitido a aplicabilidade das normas relativas a reparação de danos no direito de família ante a evidência de que a responsabilidade civil invade todos os domínios da ciência jurídica. 3. Se a causa de pedir define a competência e repousa em fatos relacionados ao dever familiar, a vara especializada é competente para julgar o feito. 4. Improcedência do conflito negativo. (TJPE, CC 0228961-0, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Roberto da Silva Maia, j. 08/01/2012).

78

Investigação de paternidade. Exame de DNA conclusivo. Reconhecimento do vínculo biológico. Danos morais. Abandono afetivo. Prescrição. Ocorrência. Art. 206, § 3.º, V, do CCB. Reconhecimento, de ofício. Precedentes. A pretensão de reparação civil por abandono afetivo está fulminada pela prescrição, na forma do art. 206, § 3.º, V, do CCB. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70056650260, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 24/04/2014).

79

Maria Berenice Dias, Incesto e o mito da família feliz, 45.

80

Viviane Ciambelli, Impacto da Alienação Parental nas..., 208.

81

Lenita Pacheco Lemos Duarte, A angústia das crianças..., 270.

82

Mônica Guazzelli, A falsa denúncia de abuso sexual, 116.

83

Jorge Trindade, Síndrome de alienação parental, 103.

84

Cristian Fetter Mold, Alienação parental..., 57.

85

Caetano Lagrasta, Parentes: guardar ou alienar..., 34.

86

Cumprimento de sentença. Regulamentação de visitas. Falsa notícia de abuso sexual. Atos de alienação parental. 1. Decisão agravada que indeferiu o pedido de suspensão das visitas do genitor à filha do casal por considerar temerária e sem fundamento as alegações de abuso do genitor. 2. O resultado do segundo exame pericial, concluído durante o processamento do recurso, também resultou negativo e as circunstâncias dos autos indicam a prática de atos de alienação parental por parte da genitora, em prejuízo à criança. 3. O processo de alienação parental, quando desmotivado, e caso detectado em sua fase inicial e reversível, deve ser obstado a fim de se evitar as graves consequências da instalação da síndrome de alienação parental na criança e/ou adolescente, as quais tendem a se perpetuar por toda a sua vida futura. 4. Se por um lado a prática processual revela a dificuldade de se identificar e neutralizar os atos de alienação parental, por outro lado, não pode o Juiz condescender com os atos de desmotivada e evidente alienação parental, para fins de auxiliar o agente alienador a alcançar o seu intento, de forma rápida [e ainda mais drástica], em evidente prejuízo à criança. 5. Deve-se restabelecer a regular convivência entre a criança e o genitor, a qual, diante das circunstâncias que se revelam nos autos, sequer deveria ter sido interrompida, não fosse a temerária e insubsistente acusação da genitora. Deve ser ressaltado que, no caso, não há falta de provas, e sim provas de que os fatos relatados pela genitora são inverídicos. 6. Recurso não provido. Antecipação da tutela recursal revogada para restabelecer as visitas paternas. (TJSP, AI 20707345420148260000, 10.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 14/10/2014).

87

Destituição do poder familiar do pai. (...) Pedido de suspensão dos direitos do genitor em relação aos filhos. Alegação de alienação parental e abuso sexual contra os menores. Relacionamento conjugal conflituoso que não pode privar o convívio dos filhos com seu genitor. Acusação baseada em vídeo produzido pela genitora. Instrução processual em andamento. Necessidade de outras provas para determinação de suspensão do direito de visitas, bem como do poder familiar. Ausência, neste momento, de prova contundente das acusações efetivadas. Medida de exceção que requer prova incisiva do fato alegado. Situação narrada nos autos, ainda que não comprovada, que demanda cautela e acompanhamento. Restrição ao direito de visitas. Deferimento de período diminuto para análise de comportamento dos envolvidos. Eventual comportamento diferenciado dos menores, bem como de existência de outras provas apontando em sentido oposto ao aqui decidido que deve demandar nova análise do caso. Decisão reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido. A visita deve promover à criança bem-estar e segurança, a fim de contribuir positivamente para o seu desenvolvimento

físico, mental e intelectual, visando sempre atender aos interesses do infante sem restringir os laços afetivos e o convívio com o genitor não guardião. (TJSC, AI 2013.059330-9, Rel. Des. Saul Steil, j. 08/04/2014).

88

Beatrice Marinho Paulo, Alienação parental:..., 22.

89

STJ, Súmula 383: A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

90

Cautelar de busca e apreensão e reversão de guarda de menor. Alienação parental. Competência territorial. Não se verifica incompetência do juízo originário, porquanto as mudanças de domicílio das partes, no curso do processo, constituem alteração do estado de fato das partes e não alteram a competência, conforme dispõe o artigo 87 do CPC. Alteração de guarda e reconhecimento de alienação parental. As provas anexadas aos autos não trazem nenhum fato novo apto a modificar a guarda, revertida em favor do pai da criança, ora agravado. Evidências de ocorrência de alienação parental que autorizam visitas com restrições à mãe, ora agravante, mediante supervisão. Vale registrar que a guarda pode ser alterada a qualquer tempo, caso o detentor deixe de exercê-la com seriedade, afeto e responsabilidade ou passe a adotar comportamento incompatível com a formação e a criação da criança. Caso em que não prospera o recurso, devendo ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos. Negaram provimento. (TJRS, AI 70055762447, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 05/09/2013).

91

Ação declaratória de alienação parental. Decisão determinou o cumprimento do acordo de visitas. Prevalência do interesse do menor. Imposição de multa. Possibilidade. Certo é que o convívio da figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, sendo assim, um contato físico maior entre pai e filho, torna a convivência entre eles mais estreita, possibilitando o genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação. Deve-se impor multa à genitora pelo descumprimento do acordo de visitas, haja vista os indícios de alienação parental, visando, inclusive, que esta colabore à reaproximação de pai e filha. (TJMG, AI 1.0105.12.018128-1/001, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, p. 27/01/2014).

92

Ação de modificação de guarda. (...) Guarda unilateral desaconselhada. Efeito translativo do recurso. Implementação, de ofício, da guarda compartilhada. (...) 4. Para definição da guarda, deve-se atender precipuamente aos interesses e às necessidades das adolescentes, de ordem afetiva, social, cultural e econômica. Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda das filhas gêmeas, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. 5. Assim, diante do conjunto de evidências, considerando-se o efeito translativo que se agrega ao presente recurso, ao devolver o conhecimento de toda matéria objeto da controvérsia para este Tribunal, de ofício, deve ser estabelecida a guarda compartilhada das gêmeas em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos têm interesse e condições de bem desempenhar esse elevado mister intrínseco ao poder familiar. 6. A guarda unilateral ou exclusiva é medida a ser tomada apenas em situações excepcionais, em sintonia direta com os interesses dos menores, situação em concreto não vislumbrada na hipótese em exame, pois a regra é a guarda compartilhada dos filhos. (TJSC, AI 2013.044708-8, Rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 06/12/2013).

93

Ação de guarda e regulamentação de visitas. Rejeição. Alienação parental. Caracterização. Inversão de guarda. Necessidade. Melhor interesse da menor. Regime de visitas. Igualdade entre pai e mãe. Direito de convivência. Sentença confirmada. Recursos não providos. (...) A prática de atos de alienação parental por parte de um dos genitores, inclusive com o claro desinteresse em considerar a gravidade de suas consequências para a formação da menor, enseja a aplicação da medida de reversão da guarda. A regulamentação do direito de visitas deve observar perfeita igualdade de direitos dos genitores, sopesados os superiores interesses da menor, inclusive para preservação dos laços afetivos entre filha e a genitora que perdeu a guarda. Neste sentido, a pretensão do genitor de que seja instituído regime menos benéfico à mãe do que aquele que outrora lhe fora franqueado, sob o argumento de que ela pudesse ser menos merecedora, além de representar violação ao princípio da garantia ao melhor interesse do menor, configura ofensa ao princípio da isonomia. Recursos improvidos. (TJMG, AC 1.0024.09.725125-0/014, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Barros Levenhagen, p. 28/03/2014).

94

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Instauração de incidente de alienação parental. Recurso cabível para impugnar a decisão proferida. (...) 2.

Discute-se o recurso cabível para impugnar decisão que, no curso de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, declara, incidentalmente, a prática de alienação parental. 3. A Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC. 4. O ato judicial que resolve, incidentalmente, a questão da alienação parental tem natureza de decisão interlocutória (§ 2.º do art. 162 do CPC); em consequência, o recurso cabível para impugná-lo é o agravo (art. 522 do CPC). Se a questão, todavia, for resolvida na própria sentença, ou se for objeto de ação autônoma, o meio de impugnação idôneo será a apelação, porque, nesses casos, a decisão encerrará a etapa cognitiva do processo na primeira instância. 5. No tocante à fungibilidade recursal, não se admite a interposição de um recurso por outro se a dúvida decorrer única e exclusivamente da interpretação feita pelo próprio recorrente do texto legal, ou seja, se se tratar de uma dúvida de caráter subjetivo. 6. No particular, a despeito de a Lei 12.318/2010 não indicar, expressamente, o recurso cabível contra a decisão proferida em incidente de alienação parental, o CPC o faz, revelando-se subjetiva, e não objetiva, a dúvida suscitada pela recorrente, tanto que não demonstrou haver qualquer divergência jurisprudencial e/ou doutrinária sobre o tema. 7. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, REsp 1.330.172/MS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 17/03/2014).

28. ALIMENTOS

SUMÁRIO: 28.1 Visão histórica - 28.2 Tentativa conceitual - 28.3 Natureza jurídica - 28.4 Naturais e civis - 28.5 Características: 28.5.1 Direito personalíssimo; 28.5.2 Solidariedade; 28.5.3 Reciprocidade; 28.5.4 Proximidade; 28.5.5 Alternatividade; 28.5.6 Periodicidade; 28.5.7 Anterioridade; 28.5.8 Atualidade; 28.5.9 Inalienabilidade; 28.5.10 Irrepetibilidade; 28.5.11 Irrenunciabilidade; 28.5.12 Transmissibilidade - 28.6 Culpa - 28.7 Casamento - 28.8 Divórcio - 28.9 Nulidade do casamento - 28.10 União estável - 28.11 Obrigação dos pais - 28.12 Paternidade socioafetiva - 28.13 Nascituro - 28.14 Alimentos gravídicos - 28.15 Obrigação dos avós - 28.16 Obrigação dos parentes: 28.16.1 Obrigação dos irmãos, tios, sobrinhos e primos; 28.16.2 Obrigação dos parentes por afinidade - 28.17 Em favor do idoso - 28.18 Obrigação do Estado - 28.19 Compensatórios - 28.20 Transitórios - 28.21 *Intuitu familiae* - 28.22 Quantificação - 28.23 Proporcionalidade-necessidade-possibilidade - 28.24 Ação de alimentos: 28.24.1 Legitimidade; 28.24.2 Procedimento - 28.25 Competência - 28.26 Ônus da prova - 28.27 Definitivos e provisórios - 28.28 Termo inicial - 28.29 Base de incidência: 28.29.1 Imposto de Renda - 28.30 Litisconsórcio - 28.31 Chamamento a integrar a lide - 28.32 Oferta de alimentos - 28.33 Extinção da obrigação alimentar - 28.34 Título executivo - 28.35 Liquidez e certeza - 28.36 Execução: 28.36.1 Cumprimento da sentença; 28.36.2; Execução de título extrajudicial; 28.36.3 Coação pessoal; 28.36.3.1 Justificativa; 28.36.3.2.. Prisão; 28.36.4 Expropriação; 28.36.5 Uma solução viável - 28.37 Exceção de pré-executividade - 28.38 Crime de abandono - 28.39 Prescrição - 28.40 Ação revisional e exoneratória - 28.41 Coisa julgada - 28.42 Proporcionalidade e. coisa julgada - 28.43 Prestação de contas - Leitura complementar.

Referências legais: CF 5.º LXVII, 100 § 1.º e 229; EC 64/10; CC 206 § 2.º, 373 II, 557 IV, 1.694 a 1.710, 1.920, 1.928 parágrafo único; CPC 189 II, 292 III, 528 a 533, 693 a 699, 833 § 2.º, 733, 911 a 913,

1.012 II e 1.072 V; CP 244; L 5.478/68 (Lei de Alimentos - LA); Dec. 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) 4.º, 5.º e 78; L 6.515/ 77 (Lei do Divórcio) 21, 40 § 2.º II; L 8.069/90 (ECA) 22; L 8.560/92 7.º; CP 244; L 10.741/03 (Estatuto do Idoso - EI) 11 a 14; L 11.340/ 06 (Lei Maria da Penha - LMP) 22 V; L 11.804/08.

28.1. Visão histórica

O modo como a lei regula as relações familiares acaba se refletindo no tema alimentos. Em um primeiro momento, o que agora se chama de **poder familiar,** com o nome **pátrio poder** era exercido pelo homem. Ele era "o cabeça" do casal, o chefe da sociedade conjugal. Assim, era dele a obrigação de prover o sustento da família, o que se convertia em obrigação alimentar. Com o nítido intuito de proteger a família, o **Código Civil de 1916**, quando de sua edição, perpetrava uma das maiores atrocidades contra crianças e adolescentes ao não permitir o reconhecimento dos **filhos ilegítimos**, ou seja, os filhos havidos fora do casamento. Com isso, eles não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade e, em consequência nem pleitear alimentos. Somente 30 anos após foi permitido ao filho de homem casado promover, em segredo de justiça, ação de **investigação de paternidade**, apenas para buscar **alimentos** (L 883/49). Embora reconhecida a paternidade, a relação de parentesco não era declarada, o que só podia ocorrer depois de dissolvido o casamento do genitor. Em face do **princípio da igualdade** entre os filhos, consagrado pela Constituição Federal, é que foi admitido o reconhecimento dos filhos "espúrios" (L 7.841/89).

Quanto à obrigação alimentar decorrente do casamento, persistia o perfil conservador e patriarcal da família. O **matrimônio** era indissolúvel, extinguia-se exclusivamente pela morte ou anulação. Havia, porém, a possibilidade de o matrimônio terminar pelo **desquite**, o que ensejava a separação de fato, a dispensa do dever de fidelidade e o término do regime de bens. Mas o vínculo matrimonial permanecia inalterado, tanto que os desquitados não podiam casar.

Como o casamento não se dissolvia, mantinha-se o encargo assistencial, ao menos do homem para com a mulher. Isso porque, apesar de o Código atribuir a ambos os cônjuges o dever de mútua assistência, existia somente a obrigação alimentar do marido em favor da **mulher inocente e pobre**. Somente não persistia o dever de sustento no caso de **abandono do lar** sem justo motivo. A preocupação não era com a necessidade, mas com a conduta moral da mulher, pois a sua **honestidade** era condição para obter pensão alimentícia. O exercício da liberdade sexual fazia cessar a obrigação alimentar, sem qualquer questionamento sobre a possibilidade de ela conseguir se manter ou não. Assim, a **castidade** integrava o suporte fático do direito a alimentos. Para fazer jus a eles, a mulher precisava provar não só a sua necessidade, mas também que era pura e recatada, além de fiel ao ex-marido, é claro.

Com a **Lei do Divórcio** (L 6.515/77), o **dever alimentar** entre os cônjuges passou a ser **recíproco**. Porém, exclusivamente o consorte **responsável pela separação** é quem pagava alimentos ao inocente. O cônjuge que tivesse conduta desonrosa ou praticasse qualquer ato que violasse os deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, era condenado a pagar pensão àquele que não teve **culpa** pelo rompimento do vínculo afetivo. A lei não dava margem a outra interpretação (LD 19): *O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.* Ou seja, o culpado pela separação não podia pleitear alimentos, pretensão assegurada exclusivamente a quem não havia dado causa ao fim do matrimônio. Só o **inocente** fazia jus à pensão alimentícia. Assim, a demanda envolvia a perquirição da causa do rompimento da vida em comum. O autor da ação, para ser contemplado com alimentos, precisava provar, além da necessidade, tanto sua inocência como a culpa do réu. Até a simples iniciativa judicial de buscar a separação excluía o direito de pleitear alimentos.

A legislação que regulamentou a **união estável** (L 8.971/94 art. 1.º e L 9.278/96 art. 7.º) concedeu aos conviventes situação

privilegiada, se confrontada ao casamento. O encargo alimentar não estava condicionado à postura dos parceiros quando do fim da união. A ausência do elemento **culpa** pelo término do convívio limitava o âmbito de cognição da demanda de alimentos, se comparada com a ação decorrente da relação de casamento, que exigia a prova de inocência. Tal incongruência foi reconhecida pela jurisprudência como nítida afronta ao **princípio da isonomia**: como casamento e união estável têm origem em um vínculo afetivo, nada justifica a distinção. Como a justiça não consegue conviver com o imponderável, nem dar tratamento diferenciado e mais restritivo a direitos de igual natureza, foi dispensada a perquirição da culpa quando a lide envolvia alimentos ao cônjuge. Com o fim da separação (EC 66\10), foi eliminado de vez o instituto da **culpa** no âmbito do direito das famílias. O divórcio, como única forma de pôr fim ao casamento, não comporta qualquer referência a causas ou identificação de responsabilidades.

No período de vigência do Código Civil de 1916, o dever alimentar era regrado em distintos diplomas legais e de modo diferenciado. A lei civil disciplinava os alimentos que decorriam do vínculo de consanguinidade e da solidariedade familiar. A Lei do Divórcio e a legislação da união estável regulavam os alimentos derivados do dever de mútua assistência. O Código Civil atual (1.694 a 1.710), não distingue a origem da obrigação, se decorrente do poder familiar, do parentesco, do rompimento do casamento ou da união estável.

28.2. Tentativa conceitual

Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver.[1] E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Todos têm direito de viver, e com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1.º III). Por isso os alimentos têm a natureza de **direito de personalidade**, pois

asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física.[2] Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais (CF 6.º). Este é um dos motivos que leva o Estado (CF 226) a emprestar especial proteção à família. Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a **prisão do devedor** de alimentos (CF 5.º LXVII).

A expressão alimento não serve apenas ao controle da fome. Outros itens completam a necessidade humana, que não alimentam somente o corpo, mas também a alma. No dizer de Gelson Amaro de Souza, o maior alimento da alma é a liberdade, e esta somente se conquista com o estudo, o aprendizado e a fruição do mínimo existencial necessário ao exercício da cidadania. Sem o exercício da cidadania não há liberdade e sem liberdade não há vida digna.[3]

O fundamento do dever de alimentos se encontra no **princípio da solidariedade,** ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas (eudemonistas), entre outras.[4] Como afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF, art. 3.º), norteada pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social - como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana.[5]

Ainda que cada espécie de obrigação tenha origem diversa e características próprias, todas são tratadas pelo Código Civil da mesma maneira. A obrigação alimentar tem um fim precípuo: atender às necessidades de uma pessoa que não pode prover à própria subsistência.[6] O Código Civil não define o que sejam alimentos. Mas preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à

saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade (CF 227). Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar. Também o seu conteúdo pode ser buscado no que entende a lei por **legado de alimentos** (CC 1.920): *sustento, cura, vestuário e casa, além de educação, se o legatário for menor*.[7]

É o Estado o primeiro obrigado a prestar alimentos aos seus cidadãos e aos entes da família, na pessoa de cada um que a integra.[8] O **Estatuto do Idoso** (14), de modo expresso, reconhece a obrigação estatal, tanto que quantifica o valor de um salário mínimo àquele que tiver mais de 65 anos de idade se nem ele e nem seus familiares possuírem meios de prover sua subsistência (EI 34). Mas infelizmente o Estado não tem condições de socorrer a todos, por isso transforma a **solidariedade familiar** em dever alimentar. Este é um dos principais efeitos que decorrem da relação de parentesco.[9]

Depois dos cônjuges e companheiros, são os **parentes** os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios. A lei transformou vínculos afetivos em ônus de garantir a subsistência dos parentes. Trata-se do **dever** de mútuo auxílio transformado em lei.[10]

Não só pessoas têm direito a alimentos. Quando existem **animais de estimação** é possível prever obrigação alimentar, o que ocorre com frequência quando da separação do casal.

28.3. Natureza jurídica

A obrigação alimentar não existe somente no direito das famílias. Há dever de alimentos com origens outras: (a) pela prática de ato ilícito; (b) estabelecidos contratualmente; ou (c) estipulados em testamento. Cada um desses encargos têm características diversas e estão sujeitos a princípios distintos. No âmbito do direito das famílias,

pressupõe a existência de um vínculo jurídico. Decorre do poder familiar, do parentesco, da dissolução do casamento ou da união estável. Quanto mais se alarga o espectro das entidades familiares e se desdobram os conceitos de família e filiação, a obrigação alimentar adquire novos matizes. Daí o encargo alimentar quando reconhecida a existência de filiação socioafetiva.

A natureza jurídica dos alimentos está ligada à **origem da obrigação**.

O dever dos pais de sustentar os filhos deriva do **poder familiar**. A Constituição Federal (229) reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e educar os filhos menores. Também afirma que os filhos maiores devem auxiliar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade. Trata-se de obrigação alimentar que repousa na **solidariedade familiar** entre os parentes em linha reta e se estende infinitamente. Na linha **colateral**, apesar do que diz a lei, é necessário guardar simetria com o direito sucessório e reconhecer que a obrigação vai até o quarto grau de parentesco.

O encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no **dever de mútua assistência**, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompida a união. Cessada a vida em comum, a obrigação de assistência cristaliza-se na modalidade de pensão alimentícia. Basta que um não consiga prover à própria subsistência e o outro tenha condições de lhe prestar auxílio. Ainda que não haja expressa referência legal, é a **separação de fato** o pressuposto para a fixação de alimentos. Enquanto a família coabita, os alimentos são atendidos *in natura*. Com a separação, o encargo converte-se em obrigação *in pecunia*. No entanto, mesmo vivendo o casal sob o mesmo teto, podem ser fixados alimentos.

28.4. Naturais e civis

A expressão "alimentos" vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. Engloba tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade, dispondo o juiz de poder discricionário para quantificar o seu valor. O alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a distinguir alimentos civis e naturais.

Alimentos naturais são os indispensáveis para garantir a subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação etc. **Alimentos civis** destinam-se a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e *status* social do alimentante.[11] Essa distinção entre alimentos civis e naturais foi adotada pelo Código Civil com nítido **caráter punitivo**. Parentes, cônjuges e companheiros podem pedir alimentos uns aos outros para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de educação (CC 1.694). Todos os beneficiários - filhos, pais, parentes, cônjuges e companheiros - têm assegurado o padrão de vida de que sempre desfrutaram. Fazem jus a **alimentos civis** independentemente da origem da obrigação. No entanto, limita a lei o valor do encargo sempre que é detectada **culpa** do alimentando (CC 1.694 § 2.º). Quem, culposamente, dá origem à situação de necessidade percebe somente **alimentos naturais**, isto é, somente o que basta para manter a própria subsistência.

Com o fim do instituto da separação (EC 66/10), ruiu o instituto da culpa para o desenlace do casamento, levando de arrasto os arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil. Tais dispositivos foram banidos por fazerem expressa referência à culpa pela dissolução do casamento, questionamento que não tem mais relevância jurídica. Não persiste sequer a possibilidade de ocorrer o achatamento do valor dos alimentos pela ocorrência de culpa geradora da situação de necessidade (CC 1.694 § 2.º). Ainda que dita responsabilidade não se confunda com a culpa pelo descumprimento dos deveres do casamento,

foi igualmente sepultada e não gera reflexos para o estabelecimento da obrigação alimentar entre cônjuges.[12]

28.5. Características

No âmbito das relações de família, os alimentos comportam classificações segundo diversos critérios, atentando aos vínculos de parentalidade, afinidade e dever de solidariedade, para preservar o direito à vida assegurado constitucionalmente (CF 5.º). Os alimentos não dizem apenas com o interesse privado do alimentado. Há **interesse geral** no seu adimplemento. Por isso se trata de obrigação regulada por **normas cogentes de ordem pública**: regras não derrogáveis ou modificáveis por acordo entre particulares. O direito a alimentos não pode ser objeto de transação ou renúncia, sendo restrita a vontade individual nas convenções a seu respeito.[13]

Distingue a doutrina **obrigação e dever alimentar.** O dever alimentar decorre da **solidariedade familiar** existente entre cônjuges, companheiros e demais parentes em linha reta ou colateral. Como tem natureza **assistencial**, é necessária a demonstração da necessidade de quem os pleiteia e da capacidade de quem irá pagar. A obrigação alimentar decorre do **poder familiar**, sendo, por tal razão, ilimitada (CC 1.566 III e 1.568). Há a **presunção** da necessidade do credor, que não precisa prová-las.[14] Uma vez cessado o poder familiar, pela maioridade ou emancipação, termina o ciclo do dever de sustento e começa o vínculo da obrigação alimentar.[15]

28.5.1. Direito personalíssimo

O direito a alimentos não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver. Em decorrência direta de seu caráter personalíssimo, é direito que não pode ser objeto de

cessão (CC 1.707) nem se sujeita a **compensação** (CC 373 II), a não ser em casos excepcionais, em que se reconhece caráter alimentar a pagamentos feitos a favor do alimentando.

Essa mesma característica faz a pensão alimentar **impenhorável**, por garantir a subsistência do alimentado. Tratando-se de direito que se destina a prover o sustento de pessoa que não dispõe, por seus próprios meios, de recursos para se manter, inadmissível que credores privem o alimentado dos recursos de que necessita para assegurar a própria sobrevivência.

Mesmo havendo recebimento de prestações atrasadas, tais créditos ficam a salvo da penhora. No entanto, se com o valor dos alimentos houve a aquisição de bens, a estes não alcança a impenhorabilidade.

28.5.2. Solidariedade

Nunca declinou a lei a natureza da obrigação alimentar, silêncio que sempre ensejou acirrada controvérsia.[16] Como a solidariedade não se presume (CC 265), pacificaram-se doutrina e jurisprudência entendendo que o dever de prestar alimentos não seria solidário, mas **subsidiário** e de **caráter complementar**, condicionado às possibilidades de cada um dos obrigados. Sua natureza **divisível** sempre serviu de justificativa para reconhecer que não se trata de obrigação solidária.

No entanto, o **Estatuto do Idoso** afirma (12): *A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.* Apesar de algumas vozes resistentes, diante da clareza da norma legal, não há como negar que o legislador definiu a natureza do encargo alimentar, ao menos em favor de quem merece especial atenção do Estado. Ainda que seja dispositivo inserido na lei protetiva ao idoso, é imperioso reconhecer que a solidariedade se estende em favor de outro segmento que também é alvo da proteção

integral e igualmente não tem meios de prover a própria subsistência: **crianças e adolescentes**. Quer atentando ao **princípio daisonomia**, que não permite tratamento desigualitário entre os iguais, quer em respeito à dignidade da pessoa humana - dogma maior do sistema jurídico -, é indispensável igualar direitos e garantias assegurados a todos que merecem tratamento diferenciado. Menores de idade, sem condições de prover o próprio sustento, são, em tudo, equiparáveis aos idosos.

A **divisibilidade** do dever de alimentos não desconfigura a natureza solidária da obrigação, que tem o intuito de não deixar desatendido quem não dispõe de condições de se manter. Por isso são obrigados cônjuges, companheiros, pais, filhos, parentes e, agora, explicitamente, o próprio Estado. Mesmo que tenha a obrigação alimentar se tornado solidária, não há como invocar todos os dispositivos da lei civil que regem a **solidariedade passiva** (CC 275 a 285). Tal fato, no entanto, não afasta o princípio da solidariedade. Ainda que exista a faculdade de acionar qualquer um dos obrigados, não há como afastar os critérios da **proporcionalidade** (CC 1.694 § 1.º) e da **sucessividade** (CC 1.696 e 1.697) na escolha dos alimentantes. A sentença que reconhece a obrigação de mais de um devedor deve **individualizar** o encargo, quantificando o valor dos alimentos segundo as possibilidades de cada um. Quanto tal não ocorre todos são obrigados pela dívida toda (CC 264). Dispõe o credor da faculdade de exigir o pagamento da totalidade da dívida de somente um dos devedores (CC 283). O que pagou tem de **direito de regresso** frente aos demais coobrigados: os parentes do mesmo grau.

O dever alimentar não tem todas as características do instituto da solidariedade nem com referência à obrigação que decorre do **poder familiar**. Os cônjuges são obrigados a concorrer na proporção de seus bens e dos rendimentos do seu trabalho para o sustento e educação dos filhos (CC 1.568). Portanto, mesmo sendo concorrente a

obrigação dos pais, a quantificação de tal dever está condicionada ao princípio da proporcionalidade.

28.5.3. Reciprocidade

A obrigação alimentar é recíproca entre cônjuges, companheiros (CC 1.694) e entre parentes (CC 1.696). É mútuo o dever de assistência, a depender das necessidades de um e das possibilidades do outro. O credor alimentar de hoje pode vir, em momento futuro, a se tornar devedor, e vice-versa. A reciprocidade tem fundamento no **dever de solidariedade**.

Com relação aos alimentos decorrentes do **poder familiar**, não há falar em reciprocidade (CF 229). Porém, no momento em que os filhos atingem a maioridade, cessa o poder familiar e surge, entre pais e filhos, obrigação alimentar recíproca em decorrência do vínculo de parentesco (CC 1.697). Ainda que exista o dever de solidariedade da obrigação alimentar, a reciprocidade só é invocável respeitando um aspecto **ético**. Assim, o pai que deixou de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar não pode invocar a reciprocidade da obrigação alimentar para pleitear alimentos dos filhos.[17] Expressamente a lei autoriza a cessação do direito a alimentos quando o credor tem um **procedimento indigno** para com o devedor (CC 1.708 parágrafo único). Às claras que o dispositivo não diz somente com o agir indevido dos filhos. Também o pai que age indignamente - por abandonar ou por abusar dos filhos - não tem legitimidade para pedir alimentos. Mas esta posição não é pacífica.[18]

28.5.4. Proximidade

O credor deve buscar alimentos de quem lhe é mais chegado. É o que diz a lei ao estabelecer que a obrigação recai sobre os parentes de grau mais próximo (CC 1.696). Assim, o filho deve primeiro acionar os pais para só depois direcionar a ação contra os avós. Também a obrigação primeira é dos ascendentes e só em caráter

subsidiário dos descendentes, guardada a ordem de vocação hereditária (CC 1.697).

Ainda que haja uma ordem de preferência, quer em nome do princípio da efetividade, quer em face da natureza do encargo, possível que a ação seja movida contra mais de um obrigado, formando-se um **litisconsórcio passivo facultativo sucessivo**. Por exemplo, reconhecido que o genitor não tem condições de arcar com o encargo, a obrigação é imposta ao avô.

Vigora a regra da **divisibilidade próxima proporcional subsidiária**, ou seja, o encargo deve ser dividido entre os obrigados primários, na medida de suas possibilidades. E, caso estes não tenham condições suficientes de atender às necessidades do alimentando, buscar-se-á o complemento junto aos alimentantes secundários, e assim por diante.[19]

28.5.5. Alternatividade

Em regra, os alimentos são pagos **em dinheiro**, dentro de determinada **periodicidade**. Podem, no entanto, ser alcançados *in natura*, com a concessão de **hospedagem e sustento**, sem prejuízo do direito à educação (CC 1.701). Quando não são pagos em dinheiro, é de ser considerado o proveito direto do destinatário dos alimentos.

Cabe ao magistrado, caso as circunstâncias assim exigirem, estipular a maneira de cumprimento da obrigação (CC 1.701 parágrafo único). O seu poder de disposição, contudo, não cabe ser levado ao extremo de permitir a contraprestação de serviços do devedor ao credor, ou de disciplinar o modo de vida do alimentado.[20]

Ainda que convencionado o pagamento dos alimentos *in natura*, quando existir inadimplemento, pode o credor pedir sua conversão em pagamento **em dinheiro**.[21] O descumprimento da obrigação de

fornecer os alimentos comporta execução de **obrigação de fazer**, com a estipulação de **multa**, a favor do credor, a qual pode ser imposta de ofício (CPC 537).

O **uso exclusivo de bem comum** do casal por quem fica com a guarda dos filhos, pode ser reconhecido como alimentos naturais, descabendo o arbitramento de **aluguel**.[22]

Mesmo que não se possa chamar de alimentos *in natura*, a pensão pode constituir em **usufruto** de determinados bens, seja quem for o beneficiado (LD 21 § 1.º).

28.5.6. Periodicidade

Como o encargo de pagar alimentos tende a estender-se no tempo - ao menos enquanto o credor deles necessitar -, indispensável que seja estabelecida a periodicidade para seu adimplemento.

Quase todas as pessoas percebem salários ou rendimentos **mensalmente**, daí a tendência de estabelecer este mesmo período de tempo para o atendimento da obrigação alimentar. No entanto, nada impede que seja outro o lapso temporal: quinzenal, semanal e até semestral. Essas estipulações dependem da concordância das partes ou da comprovação, por parte do devedor, da necessidade de que assim seja. De qualquer modo, dispondo o encargo do prazo que tiver, em qualquer hipótese, cabível o uso da demanda executória. Mesmo que os alimentos sejam fixados semestralmente - o que é comum quando os devedores se dedicam à agricultura -, tal não retira a atualidade da obrigação para a cobrança pelo rito da coação pessoal (CPC 528 § 7.º).

28.5.7. Anterioridade

Pela própria finalidade da obrigação alimentar, salta aos olhos que se trata de encargo que necessita ser cumprido **antecipadamente**. Como os alimentos destinam-se a garantir a subsistência do credor, precisam ser pagos com antecedência. O vencimento é antecipado. Aliás, esta regra é expressa quanto ao **legado dealimentos** (CC 1.928 parágrafo único): *Se as prestações forem deixadas a título de alimentos, pagar-se-ão no começo de cada período*. Nada justifica não aplicar tão salutar princípio a toda e qualquer obrigação de natureza alimentar. A justificativa é para lá de singela: a necessidade da utilização imediata do numerário para o alimentando arcar com os gastos básicos do dia a dia.[23] Assim, a partir do momento em que os alimentos são fixados, já são devidos. Deve o devedor ser intimado para pagar imediatamente, cabendo ao juiz fixar um prazo razoável, quem sabe entre cinco e 10 dias. Nunca, porém, pode ser determinado - como ocorre diuturnamente - que o pagamento ocorra no mês subsequente ao vencido. Não há como pretender que o credor espere o decurso de 30 dias para comer!

O devedor de alimentos deve assumir uma postura ética. Não pode se quedar omisso e aguardar que os credores promovam a ação. E, pior, só ser obrigado a proceder ao pagamento depois de decorrido o período de 30 dias da citação. A ele cabe a iniciativa de **oferecer alimentos** e, quando da propositura da ação, já efetuar o depósito da importância que entende devida.

Fixados os alimentos e não pagos imediatamente, possível o uso da **viaexecutória**, mesmo antes de vencido o período da obrigação, pois já existe **mora** e a obrigação tornou-se exigível. Aliás, para lá de viciosa a prática de aguardar o vencimento de três parcelas para a cobrança, pois a dívida até tal lapso de tempo, comporta execução pela via da coação pessoal (CPC 528 § 7.º), conforme já consagrava súmula do STJ.[24] Basta a mora de um período para o exercício do direito de cobrar dívida exigível.

28.5.8. Atualidade

Como o encargo alimentar é de trato sucessivo, os efeitos corrosivos da **inflação** não podem aviltar seu valor, o que afronta o princípio da proporcionalidade. Assim, indispensável que os alimentos sejam fixados com a indicação de **critério decorreção**. A própria lei determina a atualização segundo índice oficial regularmente estabelecido (CC 1.710). A modalidade que melhor preserva a atualidade do encargo é estabelecer o **valor em percentual** dos ganhos do alimentante. Não dispondo ele de fonte de rendimento que permita o desconto, a tendência é estabelecer os alimentos em salários mínimos.

A Constituição Federal (7.º IV) veda a vinculação do **salário mínimo** para qualquer fim. Mas a prestação alimentar pode tomar por base o salário mínimo (CPC 533 § 4.º).

Fixados os alimentos em **salários mínimos** - quer por acordo, quer por decisão judicial - como seus índices tem sido superiores ao da **inflação**, distanciando-se do aumento dos ganhos dos profissionais liberais, sob a alegação da ocorrência de onerosidade excessiva, o *quantum* dos alimentos vem sendo transformado em importância certa em dinheiro e determinada a atualização anual pelos índices do **IGP-M**.[25]

A intenção é garantir a equalização do valor dos alimentos para o futuro, de modo a evitar novas demandas revisionais. Essa tendência justifica-se somente quando o valor dos alimentos alcança grandes somas em dinheiro e o devedor comprova que seus ganhos não acompanharam o aumento do salário mínimo.

28.5.9. Inalienabilidade

O direito alimentar não pode ser transacionado, sob pena de prejudicar a subsistência do credor. Embora **indisponível** o direito aos

alimentos, são perfeitamente válidas as convenções estipuladas entre as partes com vistas à fixação da pensão, presente ou futura, e ao modo de sua prestação.[26]

Apenas com relação aos **alimentos pretéritos** são lícitas transações. Ainda assim, em se tratando de alimentos devidos a criança ou adolescente, o acordo necessita submeter-se à chancela judicial com prévia manifestação do Ministério Público. Reconhecida a inconveniência da transação, não deve ser homologada, por configurar lesão enorme e ruptura do equilíbrio contratual, **defeito do negócio jurídico** que gera sua anulabilidade.

Flagrado conflito de interesses entre o credor e seu representante, cabe a nomeação de um **curador** ao alimentando para buscar a cobrança do débito.

28.5.10. Irrepetibilidade

Talvez um dos princípios mais significativos que rege o tema dos alimentos seja o da irrepetibilidade. Como se trata de verba que serve para garantir a vida e a aquisição de bens de consumo, inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade por tão evidente é difícil de sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador não se preocupou sequer em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é aceito por todos, mesmo não constando do ordenamento jurídico.

A irrepetibilidade também se impõe para desestimular o inadimplemento. A exclusão dos alimentos ou a alteração para menor do valor da pensão não dispõe de **efeito retroativo**. O ingresso da demanda revisional intentada pelo alimentante não pode servir de incentivo para que deixe de pagar os alimentos ou proceda à redução do seu montante do modo que melhor lhe aprouver. Estabelecido novo valor, passa a vigorar tão somente com referência às parcelas

vincendas. Ou seja, a redução ou a extinção do encargo alimentar dispõe sempre de **eficácia *ex nunc*** , alcança somente as parcelas futuras.[27] Caso assim não fosse, simplesmente deixaria o devedor de proceder ao pagamento na esperança de ver-se desonerado da dívida. Porém, para a cobrança das diferenças, não vem sendo admitido o uso da execução pelo rito da prisão.[28]

Mesmo vindo a ser desconstituído o vínculo de filiação, pela procedência de ação **negatória de paternidade**, descabe a restituição dos alimentos que foram pagos.[29]

Admite-se a devolução exclusivamente quando comprovado que houve **má-fé** ou postura maliciosa do credor. Em nome da irrepetibilidade, não é possível dar ensejo ao enriquecimento injustificado (CC 884). É o que se vem chamando de **relatividade** da não restituição. Conforme Rolf Madaleno, soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa.[30] A boa-fé é um princípio agasalhado pelo direito (CC 113 e 422), a assegurar a repetição do indébito.[31]

28.5.11. Irrenunciabilidade

O Código anterior, que regulava apenas os alimentos decorrentes do parentesco, vedava a renúncia aos alimentos (CC/1916 404). Com relação ao **desquite**, a matéria foi sumulada pelo STF[32] no mesmo sentido. Tanto a **Lei doDivórcio** como as leis reguladoras da união estável silenciaram sobre o ponto. Assim, a justiça aceitava a renúncia manifestada por cônjuges e companheiros, quando do fim do relacionamento.

O **Código Civil** atual consagra a irrenunciabilidade, admitindo apenas que o credor não exerça o direito (CC 1.707). Como não está prevista qualquer exceção, inúmeras são as controvérsias que

existem em sede doutrinária. Mas a lei é clara: não é possível a renúncia.

Às claras que os alimentos decorrentes do **poder familiar** a favor dos descendentes são irrenunciáveis. O representante dos filhos menores de idade, não pode nem desistir da ação.[33] É admissível somente transação, em sede de execução, de modo a não prejudicar o interesse da prole.[34] Flagrado eventual conflito de interesses, cabe a nomeação de **curador especial** a favor do credor dos alimentos.

No entanto, no que diz com os alimentos entre **cônjuges e companheiros** a tendência é admitir a **renúncia**, não se aceitando posterior pedido de alimentos.[35] É declarada, inclusive, a impossibilidade jurídica do pedido. Cristiano Chaves de Farias reconhece como **comportamento contraditório** cobrar os alimentos depois de ter deles aberto mão.[36]

A alegação é que, buscar alimentos depois de ter renunciado a eles, é postura que afronta o princípio da **boa-fé objetiva**, configurando verdadeiro *venire contrafactum proprium*. Isso porque, em um primeiro momento, se cria uma expectativa e em seguida se age de maneira contrária ao comportamento inicial, o que configura abuso de direito que merece ser repelido.[37] Mas, como bem responde Flávio Tartuce, a boa-fé objetiva não é argumento que consegue vencer todas as ponderações e escolhas morais. A admissão da renúncia aos alimentos representa grande afronta ao princípio da solidariedade (CF 3.ºI).[38] Principalmente quando da superveniência de incapacidade laboral em razão de doença.[39]

A inserção das mulheres no mercado de trabalho tem ensejado significativa diminuição de demandas alimentares. Mas como bem lembra Sérgio Gischkow Pereira, *não se pode descuidar de que*

ainda existe uma parcela de famílias que preserva o viés patriarcal. As mulheres, muitas vezes, são impedidas de trabalhar e, quando do fim do casamento, não têm como prover à própria subsistência. Muitas renunciam aos alimentos porque espancadas, porque ameaçadas de morte, porque ludibriadas, ou todos esses fatores conjugados, e, muitas vezes, não há como provar esses eventos. Os juízes e tribunais, em geral, sabem disso, mas nem sempre o doutrinador o sabe.[40]

Súmula do STJ[41] reconhece, à mulher, o direito à **pensão previdenciária** do ex-marido, mesmo que tenha renunciado aos alimentos quando da separação. Com o fim da separação, a súmula não restou derrogada, persistindo assim o direito mesmo que a renúncia tenha ocorrido quando do divórcio.[42]

28.5.12. Transmissibilidade

Diz o Código Civil (1.700): *A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.* O Código anterior, que regulava os alimentos entre parentes, dizia ser o encargo intransmissível (CC/16 402). A Lei do Divórcio, ao tratar do dever alimentar entre cônjuges, consagra a transmissibilidade (LD 23). As leis reguladoras da união estável nada dizem. A aparente contradição legislativa era solvida pela jurisprudência, atentando ao fato de serem encargos diferenciados: a lei civil regulava os alimentos entre **parentes** e a Lei do Divórcio tratava da obrigação entre **cônjuges**.

Apesar dos termos claros da lei, não era aceita a transmissão do encargo decorrente do **casamento**, sob o fundamento de o cônjuge sobrevivente fazer jus ao **direito real dehabitação** ou, a depender do regime de bens, ao **usufruto** de parte da herança. O exemplo sempre trazido para evidenciar a inaceitabilidade da transmissão do encargo era a possibilidade de o cônjuge sobrevivente pleitear alimentos dos filhos do *de cujus*, nascidos de casamento anterior.

Assim, os órfãos, que não podiam sequer dispor da residência do pai (em face do direito de habitação da viúva), teriam de pagar alimentos a ela. Como essa possibilidade repugna ao senso de justiça, consolidou-se a tendência de não admitir a transmissão da obrigação alimentar. Transmitia-se somente a **dívida alimentar**, isto é, as prestações vencidas e não pagas até a data do falecimento do alimentante.

Com relação ao dever alimentar **entre parentes consanguíneos**, a resistência também é grande, sob a alegação de que a transmissibilidade do encargo geraria **desequilíbrio** na divisão da herança. Por exemplo, falecido o alimentante, ao se transmitir aos filhos maiores a obrigação alimentar em relação ao irmão menor, este perceberia herança em valor superior aos demais, em flagrante quebra do princípio da divisão igualitária dos quinhões. Daí sustentar a doutrina o cabimento da imposição do encargo alimentar somente até ser ultimada a partilha dos bens, mediante a devida **compensação**, para que o alimentado-herdeiro não receba duplamente.[43] Cristiano Chaves diz ser injusto e ilegal conceder alimentos ao herdeiro, o que atenta à regra constitucional da igualdade substancial.[44] A solução preconizada por Zeno Veloso é que o art. 1.700 do CC só tem aplicação se o alimentante não é herdeiro do devedor de alimentos.[45] Essa, porém, não é a orientação da jurisprudência, em face dos claros termos da lei. As parcelas recebidas a título de alimentos não são compensadas do seu quinhão hereditário.

Como a lei fala em transmissibilidade da **obrigação**, não é necessário que o encargo tenha sido imposto judicialmente antes do falecimento do alimentante.[46] Mas a tendência é transmitir aos herdeiros somente a responsabilidade por eventual débito alimentar, sob a justificativa de a obrigação ser personalíssima.[47]

Apesar de a lei falar em transmissão aos herdeiros, a obrigação ocorre relativamente ao **espólio**.[48] O pedido não cabe ser formulado nos autos do inventário, devendo ser proposta ação própria.[49] Devem figurar no polo passivo da ação os herdeiros e não o espólio. De qualquer forma, em sede de execução, descabe a **prisão do inventariante**.[50]

O ônus imposto não pode ser superior às **forças da herança** (CC 1.792). Não havendo bens, ou sendo insuficiente o acervo hereditário para suportar o pagamento, não há como responsabilizar pessoalmente os herdeiros pela manutenção do encargo.[51] Procedida à partilha, não mais cabe falar em **sucessores**, os quais não respondem com seu patrimônio particular pelo pagamento de obrigação alimentar do devedor falecido. Como, em regra, o **credor** dos alimentos é herdeiro, ao receber seu quinhão hereditário passa a prover à própria subsistência. Se para isso não é suficiente a herança percebida, surge o direito de pleitear alimentos frente aos **parentes**. Mas é obrigação de outra origem, tendo por fundamento a solidariedade familiar (CC 1.694).

Já que se está falando em alimentos e em morte, cabe atentar que, no âmbito do **direito previdenciário**, a distribuição do valor da pensão é, no mínimo, inusitada. Elenca a lei como beneficiários o cônjuge e o companheiro (L 8.213/91, 16). Havendo mais de um pensionista, a pensão é rateada entre todos em partes iguais (L 8.213/91, 77). Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos[52] admite a divisão entre a cônjuge e a companheira. Isto é, independentemente do percentual de alimentos pagos, a pensão não obedece à mesma proporção. Cabe um exemplo: um homem paga 5% de alimentos à ex-mulher e vive há muitos anos com uma companheira. Quando do falecimento dele, cada uma perceberá 50% do valor da pensão. Não há quem possa acreditar que esta solução seja justa! Necessário reconhecer que a determinação de divisão igualitária

cabe somente quando inexiste prévia estipulação em sentido contrário.

28.6. Culpa

Tanto parentes quanto cônjuges e conviventes têm direito de pleitear alimentos para viver de modo compatível com sua condição social (CC 1.694). Porém, se a **situação de necessidade** resultar de culpa do alimentando, diz a lei que o alimentando faz jus apenas ao **indispensável à sua subsistência** (CC 1.694 § 2.º). Seja quem busque alimentos - filhos, parentes, cônjuge ou convivente -, a eventual limitação de valores estaria condicionada à comprovação de que o estado de necessidade não surgiu por responsabilidade sua.

A penalização atingiria qualquer beneficiário, sem distinção da origem do encargo. A restrição quantitativa dos alimentos, em decorrência da culpa do credor, incidiria quando a obrigação alimentar decorresse tanto do dever de mútua assistência, como do dever de solidariedade e até do poder familiar. Desse modo, nas demandas alimentícias de qualquer natureza, haveria mais um fundamento a integrar a lide: a perquirição da culpa para a quantificação dos alimentos. Em face disso construiu-se toda uma teoria, distinguindo as expressões "culpa pela situação de necessidade" e "**culpa pela separação**". Ainda que ambas pudessem ter o mesmo efeito - limitar o valor dos alimentos -, não teriam a mesma extensão nem iguais destinatários.

No entanto, sempre que se perquire culpa, atenta-se à dignidade da pessoa humana (CF 1.º III) e se afronta o direito à privacidade e à intimidade (CF 5.º X), princípios consagrados constitucionalmente. A verba alimentar é indispensável à sobrevivência e os parâmetros para sua fixação só podem estar atrelados à necessidade de quem os pleiteia e à possibilidade de quem os paga (CC 1.694 § 1.º). Assim, de todo descabido impor um fator redutor como base da culpa (CC 1.694 § 2.º, 1.702 e 1.704 e seu parágrafo único).

Com relação aos alimentos entre ***cônjuges*** , o Código Civil, atendendo aos reclamos da doutrina, havia banido a odiosa regra que excluía o direito a alimentos do culpado pela separação existente na legislação pretérita. Admitiu a concessão de alimentos também ao responsável pelo fim do casamento, impondo somente diferenciação de valores. Sublinhava, com requinte de detalhes, a culpa como parâmetro na quantificação do encargo a favor do ***cônjuge culpado*** desprovido de recursos (CC 1.704 parágrafo único): *o **responsável pela separação** fará jus a alimentos, em valor indispensável à sobrevivência, quando não tiver aptidão para o trabalho e não existirem parentes em condições de arcar com o pensionamento.*

Com o fim da separação (EC 66/10), restou definitivamente esvaziada a busca de motivos para a dissolução do casamento, que só pode ser obtida via divórcio. Dessa forma, as previsões legais (CC 1.702 e 1.704), impondo a redução do pensionamento ao cônjuge culpado, restaram derrogadas. E nada mais justifica pretender a identificação de quem deu causa à situação de necessidade, para o estabelecimento do encargo alimentar. Como não mais cabe perquirir a "culpa pela separação", é necessário subtrair toda e qualquer referência de ordem motivacional para quantificar a obrigação alimentar, sejam os alimentos fixados em benefício de quem forem (CC 1.694 § 2.º).

De qualquer modo, não há como impor a redução do valor dos alimentos devidos pelos pais aos filhos, pois eventual postura culposa pela situação de necessidade não afeta o **dever de mútua assistência**. Assim, não cabe sequer o achatamento do valor dos alimentos. Necessidade e possibilidade são os únicos balizadores a estabelecer o dever alimentar. Excluído o elemento culpa pela separação, não subsistem as outras limitações com referência aos demais beneficiados.

A doutrina majoritária afasta qualquer questionamento sobre culpas ou responsabilidades, quando da fixação do encargo alimentar entre cônjuges, devendo atentar-se somente ao binômio possibilidade-necessidade. É o que diz Rodrigo da Cunha Pereira: *a pensão alimentícia não pode estar vinculada à culpa, sob pena de se condenar alguém a passar fome ou extrema necessidade*.[53] Esta é a posição também de Paulo Lôbo: *quanto aos alimentos, o art. 1.694 prevê o direito ao cônjuge de pedir alimentos ao outro, desaparecendo a modalidade de alimentos de subsistência, pois estava vinculada à culpa pela separação.*[54]*Pablo Stolze comunga do mesmo entendimento: não mais existe fundamento para a discussão da culpa em sede de separação e divórcio. Não é preciso muito esforço hermenêutico para chegar à conclusão de que, com o fim da aferição da culpa e na seara do descasamento, a fixação dos alimentos devidos deve ser feita com amparo na necessidade ou vulnerabilidade do credor, na justa medida das condições econômicas do devedor. Apenas isso.*[55]

Via de consequência, restou esvaziado de conteúdo os demais pressupostos legais (CC 1.704 parágrafo único). O ex-cônjuge é o primeiro obrigado, não havendo motivo para repassar o ônus a **parentes**, ainda que eles tenham condições de prestar os alimentos. Igualmente, a **capacidade laboral** do alimentado não precisa ser investigada. Como necessidade não se confunde com potencialidade para o desempenho de atividade laboral, a existência de condições para o trabalho não veda a concessão de alimentos. Somente a ausência da necessidade, isto é, a percepção de ganho suficiente a resguardar a subsistência, pode liberar o cônjuge do dever alimentar.

28.7. Casamento

O **dever de mútua assistência** atribuído aos cônjuges quando do casamento é que dá origem à recíproca obrigação alimentar. A responsabilidade pela subsistência do consorte é um dos seus

efeitos e independe da vontade dos noivos. Trata-se de **ônus** que surge na solenidade das núpcias, mas sua exigibilidade está condicionada ao seu fim, a título de alimentos. Por isso, o encargo alimentar sempre foi reconhecido como uma sequela do dever de assistência que decorre de imposição legal. Tanto que é ineficaz a renúncia de alimentos em pacto antenupcial.[56]

O descumprimento do dever de sustento pode configurar **violência patrimonial**, uma das modalidades da **violência doméstica** (LMP 7.º IV): subtração de recursos econômicos destinados a satisfazer as necessidades da mulher.

Encontrando-se o casal **separado**, ainda que residindo no **mesmo imóvel**, não impede a fixação de alimentos. Basta um necessitar e o outro ter condições de pagar.[57]

A tendência da jurisprudência é reconhecer que, depois da **separação de fato** - ou mesmo da separação judicial - um cônjuge pode pedir alimentos ao outro, por persistir o dever de mútua assistência. Depois do **divórcio**, não, sob o fundamento de já estar dissolvido o vínculo matrimonial.

No entanto, fixados, alimentos a obrigação não se extingue com o decreto do divórcio.

Além de alimentos, o cônjuge tem direito a **parte da renda líquida** dos bens comuns (LA 4.º parágrafo único), não só no regime da comunhão de bens, mas em todos em que haja bens comuns na posse e administração de um só dos cônjuges. Nada mais do que os frutos correspondentes à **meação**, a serem pagos até a ultimação da partilha. De modo frequente tal direito é chamado de alimentos compensatórios.

Tanto o Código Civil de 1916, quanto a Lei do Divórcio negavam alimentos ao culpado pela separação. O Código Civil atual

assegurou a todos - inclusive ao cônjuge **inocente e desprovido de recursos** (CC 1.702) - o direito de viver de modo compatível com sua condição social e ter atendidas as necessidades de educação (CC 1.694). Mesmo o cônjuge "culpado" pode receber alimentos, mas com limitações de todas as ordens. Claramente a intenção do legislador era negar-lhe alimentos (CC 1.704). Somente em **caráter excepcional**, a ele era assegurada verba alimentar, limitada ao atendimento das necessidades mínimas: o indispensável à sua sobrevivência (CC 1.704 parágrafo único). A concessão de alimentos era a exceção. Eram concedidos alimentos exclusivamente se não tivesse aptidão para o trabalho nem parentes que o pudessem socorrer. Nesta hipótese é que o ex-cônjuge poderia ser condenado a pensioná-lo, de modo a permitir-lhe exclusivamente o atendimento do **mínimo vital**. Assim, em princípio, o cônjuge culpado pelo término do vínculo conjugal não podia buscar alimentos.

A reforma constitucional que eliminou a separação (EC 66/10) pôs um fim também ao instituto da culpa e acabou por revogar os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil. Para o estabelecimento da obrigação alimentar cabe ser atendido exclusivamente o critério da proporcionalidade. Porém, não dispõe o cônjuge do direito de desfrutar da mesma condição econômica que o alimentante venha a obter posteriormente. Eventual melhora nos ganhos do obrigado não configura desproporção, a ponto de ensejar a redefinição do encargo alimentar. Afinal, não colaborou para a melhora das possibilidades do devedor. Só se justifica a revisão se o credor comprovar aumento das suas necessidades.

O fato de o cônjuge restar com bens quando da dissolução do casamento não afasta o direito a alimentos. Tal somente ocorre se o patrimônio recebido rende frutos que garantam sua subsistência. Não há como exigir que alguém aliene ou onere seu patrimônio para atender às necessidades de sobrevivência. Ainda que disponha de patrimônio próprio, pode, apesar disso, achar-se em situação de necessidade, principalmente quando seus bens não geram renda.

28.8. Divórcio

A obrigação alimentar em favor do cônjuge tem fundamento no **dever de cuidado**, nada mais do que o adimplemento da promessa "na riqueza ou na pobreza" feita quando do casamento. Flávio Tartuce chama de **alimentos pós-divórcio** o direito a alimentos depois de dissolvido o casamento, tendo como origem os **princípios da solidariedade** (CF 3.º I) e da **dignidade humana** (CF 1.º III).

A obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros está prevista sem quaisquer restrições temporais ou limitações com referência ao estado civil dos obrigados (CC 1.694). Findo o casamento, perdura o dever de mútua assistência e a obrigação alimentar após sua dissolução. Apesar de a lei não admitir tal expressamente, não se pode chegar a conclusão diversa. A pensão tem um nítido caráter de **indenização**, dentro de uma visão objetiva da responsabilidade civil, pela qual o dano deve ser indenizado independentemente da **culpa**, bastando estar presente o nexo causal.[58]

O dever alimentar cessa somente pelo **novo casamento** do beneficiário (CC 1.708). Como só há a possibilidade de novo matrimônio após o divórcio, está claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados.[59]

Estabelecida a obrigação alimentar por ocasião do divórcio ou da dissolução da união estável, a tendência é considerar que obrigação muda de **natureza**, torna-se **contratual**. Assim, eventual mudança na condição de vida de qualquer das partes, não altera o dever de pagar. Não pode um pleitear a exoneração e nem o outro a majoração do encargo.[60] Tal transmudação mágica, no entanto, subtrairia a competência do juízo da família, devendo a ação ser apreciada pelas varas cíveis. Algo impensável.

Não só o casamento, também a **união estável** do credor faz cessar o encargo alimentar do ex-cônjuge.[61] Tanto no casamento, como na união estável, a obrigação de mútua assistência passa a ser do novo parceiro. Ou seja, para a cessação do direito a alimentos, é necessário ocorrer o casamento ou o reconhecimento de união estável do beneficiário. O simples **namoro** não pode levar à exoneração, pois o direito a alimentos não impõe ao credor dever de fidelidade para com quem lhe paga alimentos. Desse modo, sem o desejo de constituir família e não residindo os namorados sob o mesmo teto, embora exista entre eles afinidade, afeto e relação sexual, não pode o beneficiário ser alvo de exoneração do crédito alimentar.[62] Mesmo assim, nenhum desses acontecimentos autoriza o alimentante a cessar, por conta própria, o pagamento dos alimentos. Necessário que promova a competente **ação exoneratória**.

A doutrina não vê qualquer limitação à possibilidade de serem buscados alimentos depois de decretado o divórcio.[63] Sérgio Gischkow Pereira é enfático: *acho sério equívoco absolutizar a asserção de que, após decretado o divórcio, não mais é lícito pedir alimentos. Trinta, quarenta, cinquenta anos de casamento não podem ser reduzidos à eficácia zero apenas porque foi decretado o divórcio*.[64]

No entanto, a jurisprudência considera que, depois do divórcio, em face da dissolução do vínculo conjugal, não é possível pleitear alimentos Deste modo, os alimentos precisam ser buscados na **ação de divórcio**. Na inicial o autor deve cumular pedido de alimentos. E, se é o réu quem almeja alimentos, deve opor **reconvenção**.[65]

28.9. Nulidade do casamento

Enquanto não anulado o casamento, mesmo durante o processo de desconstituição do vínculo, persiste o dever de assistência recíproca,[66] independentemente de indagação acerca da boa ou má-fé

de qualquer dos cônjuges. Remanescendo a obrigação de mútua assistência, basta haver a necessidade de um e a possibilidade do outro para que sejam fixados alimentos. Assim, é possível a concessão de alimentos **provisórios** nas ações de anulação de casamento. Não cabe qualquer distinção quanto ao vício que macula o casamento, se nulo ou anulável (LA 13). O réu pode formular pretensão de alimentos por meio de **reconvenção**.

Reconhecida a nulidade do casamento e desconstituído o vínculo matrimonial, para saber se persiste a obrigação alimentar é necessário fazer algumas distinções. **Anulado o casamento** por vício absoluto ou relativo, os efeitos da sentença **retroagem** à data do matrimônio (CC 1.563). Ou seja, o enlace conjugal desaparece do mundo jurídico, nada remanescendo entre os cônjuges, nem o dever de mútua assistência. Anulado o matrimônio, não persiste a obrigação alimentar, cessando o encargo fixado em caráter provisório ou provisional. O pensionamento deve ser pago até a data do **trânsito em julgado** da decisão que decreta a nulidade do casamento,[67] não havendo como falar em devolução, porquanto legítimos os alimentos percebidos.

No entanto, em se tratando de **casamento putativo** (CC 1.561), reconhecida a necessidade do cônjuge de **boa-fé**, persiste o dever de mútua assistência, fazendo ele jus a alimentos, mesmo depois de desconstituído o enlace conjugal. Os alimentos podem ser deferidos na própria ação anulatória, dispondo de **efeito retroativo** à data da citação (LA 13 § 2.º). Apesar de a **culpa** não mais ser causa de exclusão do direito alimentar, na ação anulatória do casamento a **má-fé** do cônjuge impede a obtenção de alimentos. Somente para o consorte de boa-fé o casamento existiu (da celebração à anulação), devendo-lhe ser assegurados alimentos mesmo depois de anulado o matrimônio.

A obrigação alimentar não se confunde com o dever de reparação dos **danos morais** causados pelo cônjuge cuja má-fé

ensejou a anulação do casamento, ainda que tal ressarcimento possa ser pago sob a forma de pensão alimentícia.[68]

28.10. União estável

A obrigação alimentar decorrente da união estável, como bem lembra Francisco Cahali, mereceu, em 1994, a edição de uma lei (L 8.971/94); em 1996, um artigo de lei (L 9.278/96 7.º); e na lei civil uma única palavra (CC 1.694).[69] Ainda que nada diga o capítulo do Código Civil que trata da união estável (CC 1.723 a 1.727), existe a obrigação alimentar entre companheiros decorrente do dever de assistência (CC 1.724).

A união estável termina pela simples cessação da vida em comum, e a sua dissolução não depende de intervenção judicial. Mesmo que seja necessário buscar em juízo o reconhecimento de sua existência, limita-se a sentença a fixar o período de sua vigência, nada podendo ser ventilado em termos de **culpa**. Os dispositivos legais que restringiam a obrigação a simples garantia de subsistência (CC 1.702 e 1.704 parágrafo único) fazem referência aos cônjuges. Do mesmo modo, a limitação do valor dos alimentos por culpa pela situação de necessidade (CC 1.694 § 2.º) não mais persiste, não podendo ser invocada para limitar o valor dos alimentos entre os conviventes.

Como não cabe impor tratamento diferenciado entre casamento e união estável - distinção que a Constituição não faz -, imperioso conceder aos conviventes a mesma possibilidade conferida aos cônjuges de buscar alimentos (CC 1.704). No entanto, na união estável, além da comprovação de sua existência, é necessária a prova da necessidade de um e da possibilidade do outro.

Quando se trata de **união estável simultânea ou paralela**, resiste a jurisprudência em reconhecer a presença de uma entidade

familiar e, via de consequência, em impor obrigação alimentar. A postura é claramente punitiva e machista. Condena a mulher à invisibilidade e a absoluto estado de miserabilidade, livrando o homem de qualquer obrigação com relação a ela. Ainda bem que o STJ tem sido sensível, ao menos em casos excepcionais.[70] Mas já é um começo.

28.11. Obrigação dos pais

Enquanto o filho se encontra sob o poder familiar, o pai não lhe deve alimentos, o dever é de sustento.[71] Trata-se de obrigação com assento constitucional (CF 229): *os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.* Esses são os deveres inerentes ao **poder familiar** (CC 1.634 e ECA 22): sustento, guarda e educação.

Entre sustento e alimentos há considerável diferença. A obrigação de sustento é imposta a ambos os pais. Trata-se de **obrigação de fazer** que não possui relação com a guarda. Normalmente a obrigação alimentar é imposta ao não guardião, mas é possível sua fixação ainda que residam os pais sob o mesmo teto.[72] Na **guarda compartilhada**, mesmo quando existe a divisão equilibrada do tempo de convívio (CC 1.583 § 2º), o genitor com melhores condições econômicas não fica dispensado de alcançar alimentos ao filho.

O encargo de prestar alimentos é **obrigação de dar**, representada pela prestação de certo valor em dinheiro.[73] Os alimentos estão submetidos a controles de extensão, conteúdo e forma de prestação. Fundamentalmente, acham-se condicionados pelas necessidades de quem os recebe e pelas possibilidades de quem os presta (CC 1.694 § 1.º).[74] Enquanto os filhos são menores, a **presunção de necessidade** é absoluta, ou seja, *juris et de jure*. Tanto é

assim que, mesmo não requeridos alimentos provisórios, deve o juiz fixá-los (LA 4.º).

O adimplemento da **capacidade civil**, aos 18 anos (CC 5.º), ainda que enseje o fim do poder familiar, não leva à extinção automática do encargo alimentar. Após a maioridade é presumível a necessidade dos filhos de continuarem a perceber alimentos. No entanto, a presunção passa a ser *juris tantum*, enquanto os filhos estiverem estudando, pois compete aos pais o dever de assegurar-lhes educação (CC 1.694).[75]

Como a obrigação deriva da relação paterno-filial, descabido estabelecer **termo final** aos alimentos. A fixação é **ineficaz**.[76] O implemento da data fixada não autoriza a cessação do pagamento. O cancelamento depende de decisão judicial.[77] A **exoneração** deve ser formulada em ação autônoma.

De todo desaconselhável o deferimento da exoneração em sede **liminar**. Não há como surpreender o credor cuja necessidade pode persistir caso não disponha de outra fonte de subsistência. Descabido extinguir a obrigação decorrente do poder familiar e impor ao filho que intente nova demanda para buscar alimentos tendo por fundamento o vínculo de parentesco. Nesse ínterim, não terá meios de prover à própria sobrevivência.

O **casamento** do filho ou passar ele a viver em **união estável** ou em **concubinato** são fatos que não ensejam, por si, a exclusão da obrigação alimentar. Ainda que surja o dever de mútua assistência entre cônjuges e companheiros, tal não autoriza a cessação unilateral do pagamento dos alimentos.

Não só a **separação** (CC 1.703), também o **divórcio**, a **anulação do casamento** e a dissolução da **união estável** mantêm inalterado o dever de sustento com relação à prole. Dispositivo com o mesmo teor se encontra entre os deveres dos cônjuges (CC 1.568). A

preocupação com a guarda e o sustento dos descendentes é de tal ordem que é referida entre os deveres do casamento (CC 1.566 IV) e da união estável (CC 1.724), bem como quando se trata da separação e do divórcio (CC 1.579).

Quando concedida a **separação de corpos** e determinado o afastamento do agressor da morada comum, impositiva a concessão de alimentos provisórios a favor da prole (ECA 130 parágrafo único). Não apenas os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus ganhos, para o sustento da família e a educação dos filhos. A obrigação é idêntica em relação aos genitores que não foram casados, uma vez que o encargo alimentar decorre do **poder familiar** e não da condição matrimonial dos pais.

A autorização ao filho havido **fora do casamento** de acionar o pai para obter alimentos (CC 1.705), segundo Yussef Cahali, é desnecessária, ultrapassada e até retrógrada na mentalidade.[78] Inexistindo obstáculo para o filho buscar seu reconhecimento, não se justifica o dispositivo, até porque o juiz, de ofício, é obrigado a fixar alimentos, tanto na ação alimentar (LA 4.º) como na investigatória de paternidade (L 8.560/92 7.º). Apesar de sua infeliz redação, sendo reconhecido como de patente inconstitucionalidade,[79] talvez inexista mácula de tamanha dimensão. Seu sentido é afirmar que, havendo vínculo parental ou de parentesco, é desnecessário prova **pré-constituída** da obrigação alimentar para ser pleiteada pensão. A intenção é assegurar ao filho direito de pedir alimentos ao genitor, independentemente do reconhecimento da filiação. Ou seja, existindo **indícios do vínculo de paternidade**, ainda que não constituída judicialmente a filiação, possível a busca de alimentos não só em relação ao genitor, mas também dos demais parentes. Cabe figurar um exemplo: havendo prova incontroversa da paternidade (por exemplo, exame positivo do DNA), mesmo antes da sentença que declare a paternidade nada impede a busca de alimentos contra os **avós**, bastando estar comprovada a impossibilidade do investigado de arcar com o pensionamento.

Mesmo quando é deferida a guarda a **terceiros**, subsiste o dever de prestar alimentos dos genitores (ECA 33 § 4.º). A **perda do poder familiar** não exclui o dever, uma vez que persiste o vínculo de parentesco **biológico**.

28.12. Paternidade socioafetiva

Quando se fala em obrigação alimentar dos pais sempre se pensa no **pai registral**, que, no entanto, nem sempre é o **pai biológico**. Como vem sendo prestigiada a **filiação socioafetiva** - que, inclusive, prevalece sobre o vínculo jurídico e o genético -, essa mudança também se reflete no dever de prestar alimentos. Assim, deve alimentos quem desempenha as funções parentais.[80] O filho afetivo tem direito aos alimentos dos pais genéticos não apenas quando ocorre a impossibilidade de alimentação pelos pais afetivos, mas também quando há necessidade de complementação da verba alimentar.[81]

Sob o fundamento de que a responsabilidade alimentar antecede o reconhecimento civil ou judicial da paternidade, sob o nome de **paternidade alimentar** tem se sustentado que a concepção gera dever de prestar alimentos, ainda que o pai biológico não saiba da existência do filho nem de seu nascimento e mesmo que a paternidade tenha sido assumida por terceiros.[82] No dizer de Rolf Madaleno, em tempo de verdade afetiva e da supremacia dos interesses da prole, que não pode ser discriminada e que tampouco admite romper o registro civil de sua filiação social já consolidada, não transparece nada contraditório estabelecer nos dias de hoje a paternidade meramente alimentar. Nela, o pai biológico pode ser provocado a prestar sustento integral a seu filho de sangue, sem que a obrigação material importe qualquer possibilidade de retorno à sua família natural, mas que apenas garanta o provincial efeito material de assegurar ao

filho rejeitado a vida digna, como nas gerações passadas, em que só podia alimentos do seu pai que era casado e o rejeitaria.[83]

A tendência é reconhecer a **concorrência** da obrigação alimentar do pai registral, do biológico e do pai afetivo. Daí ser de todo defensável a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou seja, diante da menor capacidade alimentar do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição, em que o pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro.[84]

28.13. Nascituro

Quem está para nascer, para o direito já é titular de direitos. A obrigação de prestar alimentos ao filho surge mesmo antes de seu nascimento. Apesar de a lei não prever expressamente, o nascituro tem direito a alimentos, pois a lei resguarda seus direitos desde a concepção (CC 2.º).

Com personalidade jurídica declarada, legalmente ou não, existe para o **nascituro** mais do que simples interesse em jogo. A doutrina da proteção integral abraça a criança desde que foi concebida. Existem direitos reconhecidamente protegidos pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, antes mesmo do nascimento.

É inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, e, via de consequência, também a **obrigação alimentar**, que está mais do que implícita no ordenamento jurídico. A garantia dos alimentos desde a concepção não significa a consagração da **teoria concepcionista**, até porque os alimentos não são assegurados ao nascituro, mas à gestante.

Afinal, a Constituição garante o direito à vida (CF 5.º). Também impõe à família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227), encargos a serem exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226 § 5.º). Ainda assim, a tendência sempre foi reconhecer a obrigação paterna exclusivamente depois do nascimento do filho e a partir do momento em que ele vem a juízo pleitear alimentos.

Nas ações investigatórias de paternidade, a tendência é deferir alimentos provisórios, quando há indícios do vínculo parental, ou após o resultado positivo do exame de DNA. Graças a súmula do STJ[85] e à presunção de paternidade conferida à omissão do investigado,[86] a negativa em se submeter ao exame passou a servir de fundamento para a antecipação da tutela alimentar.

De qualquer modo, na ação **investigatória de paternidade** cumulada com alimentos, mesmo promovida após o nascimento, é impositivo a fixação dos alimentos desde a **concepção**. Não é necessário sequer ficar comprovado que o réu tinha conhecimento da gravidez ou se tinha se negado a reconhecer o filho.

São assegurados **alimentos gravídicos** à gestante, para atender aos custos decorrentes da gravidez, verba que se transforma em alimentos ao filho quando de seu nascimento. Deixou o legislador escapar a oportunidade de conferir direito alimentar ao nascituro, passando ao largo da problemática acerca da sua titularidade de direito e omitindo-se no enfrentamento da questão de ser ele portador de personalidade jurídica.[87]

Quando a gestante busca alimentos gravídicos, descabe cumular pedido de alimentos ao nascituro. A genitora pode optar: pleitear que o genitor atenda às despesas da gravidez ou pedir alimentos ao nascituro, hipótese em que precisa cumular o pedido de alimentos à investigação de paternidade.

28.14. Alimentos gravídicos

A expressão é feia, mas o seu significado é dos mais salutares. A L 11.804/08 concede à gestante o direito de buscar alimentos **durante a gravidez** - daí "alimentos gravídicos". Apesar do nome, de alimentos não se trata. Melhor seria chamar de **subsídios gestacionais**. Ainda que não haja uma relação parental estabelecida, existe um dever jurídico de amparo à gestante.

A lei enumera as despesas que precisam ser atendidas da concepção ao parto: alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a critério do médico. Mas o rol não é exaustivo, pois o juiz pode considerar outras despesas pertinentes. De qualquer modo, são despesas com a gravidez e não correspondem a todas as despesas da gestante.

O rito é o da Lei de Alimentos. A **legitimidade ativa** para a ação é da **gestante**, que promove a ação em nome próprio. Não é necessário cumular a ação investigatória de paternidade. O foro competente é o do domicílio da credora (CPC 53 II).

A lei concede ao réu o **prazo de resposta** de cinco dias (7.º). Como refere José Carlos Teixeira Giorgis, diante de inadequada intromissão processual, certamente os dissabores na prática podem ofuscar algum crédito da lei.[88] De qualquer modo, nada impede que o juiz fixe outro prazo, mas a tendência é a designação de **audiência preliminar**, a partir da qual começa a fluir o prazo de resposta.

Divergem doutrina e jurisprudência sobre o **termo inicial** dos alimentos gravídicos: a concepção, o ajuizamento da ação ou o despacho que deferiu os alimentos. Em face do seu caráter indenizatório, melhor é a tese de que são devidos a partir da **concepção**.[89]

Basta o juiz reconhecer a existência de **indícios da paternidade** para a concessão dos alimentos, não sendo suficiente a mera imputação da paternidade, sem historiar a autora as circunstâncias fáticas. Conforme Yussef Cahali, seria leviandade pretender que o juiz deva se satisfazer com uma cognição superficial.[90] Mas os indícios da paternidade não podem ser exigidos com muito rigor.[91] No impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, a dúvida deve ser superada em favor da necessidade.[92]

Caso a mãe não saiba quem é o pai, não pode ingressar com a ação contra mais de um provável genitor. Não há indícios da paternidade. No entanto, em caso de **violência sexual** praticada por dois ou mais homens, possível colocar todos como réus.[93] Forma-se um **litisconsórcio passivo** de natureza eventual. Até ser identificado quem é o genitor, a obrigação alimentar deve ser paga por todos os réus da ação, de forma solidária.

Para a concessão dos alimentos, não é necessária a prova da necessidade da gestante. Ainda que o valor dos alimentos deva atentar às possibilidades do alimentante, o encargo não guarda proporcionalidade com os seus ganhos, tal como ocorre com os alimentos devidos ao filho. Existe um limite: as despesas decorrentes da gravidez. Além do pagamento de prestações mensais, possível impor o atendimento de encargos determinados, como, por exemplo, exames médicos.

Na hipótese de **reprodução assistida**, pode a gestante ingressar com ação de alimentos gravídicos contra as pessoas que firmaram o termo de consentimento informado e que irão assumir o vínculo parental.

Caso a mulher faça jus a alimentos para si, pode cumular os dois pedidos: alimentos para ela e alimentos gravídicos.[94]

Como a verba fixada se transforma em alimentos a favor do filho após o seu nascimento, ocorre a mudança da natureza do encargo. É necessário o atendimento do critério da proporcionalidade, segundo as condições econômicas do genitor. Isso porque o encargo decorrente do poder familiar tem parâmetro diverso, devendo garantir o direito do credor de desfrutar da mesma condição social do devedor (CC 1.694).[95] Desse modo, nada impede que sejam estabelecidos valores diferenciados, vigorando um montante para o período da gravidez e outro valor, a título de alimentos ao filho, a partir do seu nascimento. Embora os parâmetros do encargo sejam outros, fixados os alimentos gravídicos, mesmo ocorrendo a transformação em favor do filho, possível a **revisão dos alimentos**, sem a exigência da alteração do parâmetro possibilidade/necessidade.

Ainda que o pedido seja de alimentos, a **causa de pedir** da ação é a paternidade. Na hipótese de o genitor não contestar a demanda, ou se insurgir somente quanto ao valor do encargo, caso não efetive o registro do filho quando de seu nascimento, a procedência da ação autoriza a autora a pedir a expedição do **mandado de registro**, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade ou a proposição da ação investigatória para o estabelecimento do vínculo parental.[96]

Indeferidos os alimentos provisórios, ou ocorrendo o nascimento enquanto tramita a demanda, tal não leva à **extinção do processo**. A ação não perde o objeto, até porque a própria lei determina a transformação do encargo a favor do recém-nascido. Cabe ao juiz fixar os alimentos ao filho, em face do fato modificativo ocorrido (CPC 493). Extinguir o processo e impor ao filho que promova nova ação deslocaria o termo inicial da obrigação alimentar, o que viria em prejuízo do credor, pois os alimentos definitivos retroagem à data da citação (LA 13 § 2.º). Cabe tão só mandar retificar a autuação.

Caso haja a **interrupção da gestação**, como nos casos de aborto espontâneo, os alimentos restam extintos, descabendo, no entanto, qualquer reembolso ou restituição dos valores pagos.

Apesar de a lei (2.º parágrafo único) consagrar que os alimentos são custeados pelo **pai**, tal não afasta a aplicação supletiva da lei civil, que impõe a obrigação complementar a outros obrigados em caráter subsidiário. Logo, possível exigir alimentos gravídicos dos **avós**, com base no Código Civil (1.696 e 1.698) e em toda a construção jurisprudencial e doutrinária sobre o tema até agora desenvolvida.[97]

Havendo inadimplemento, cabe a **execução** do encargo inclusive pelo rito da **coação pessoal** (CPC 528).[98]

Na hipótese de a gestante não ter pleiteado os alimentos durante o período da gestação, nada impede que, após o nascimento, pleiteie o **reembolso** das despesas que integram o encargo que a lei atribui ao genitor. Como não se trata de **ação de alimentos** a competência não é das Varas de Família.

O ponto que gera maiores questionamentos diz com a possibilidade de a paternidade ser afastada. A preocupação é recente, mas este risco sempre existiu, ao menos desde o momento em que a justiça passou a fixar alimentos provisórios mediante indícios do vínculo parental.

Mesmo que os alimentos sejam irrepetíveis, em caso de **improcedência da ação** cabe identificar a postura da autora. Restando comprovado que ela agiu de **má-fé** ao imputar ao réu a paternidade, tal gera o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de **danos morais**.

O eventual pedido indenizatório há que ser dirigido contra a gestante que propôs a ação e não contra a criança, mesmo que já tenha ocorrido o seu nascimento.

28.15. Obrigação dos avós

A obrigação alimentar não é somente dos pais em decorrência do poder familiar. A reciprocidade de obrigação alimentar entre pais e filhos (CF 229 e CC 1.696) é ônus que se estende a todos os **ascendentes**, recaindo sempre nos mais próximos. Se quem deve alimentos em primeiro lugar não puder suportar totalmente o encargo, são chamados a concorrer os parentes de **grau imediato** (CC 1.698). Assim, a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições de um ou ambos os genitores, transmite-se o encargo aos ascendentes, isto é, aos avós, parentes em grau imediato **mais próximo**.

Os avós são chamados a atender a obrigação própria decorrente do vínculo de parentesco, tratando-se de obrigação sucessiva, subsidiária e complementar. Em face da irrepetibilidade dos alimentos, é necessária a prova da incapacidade, ou da reduzida capacidade do genitor de cumprir com a obrigação em relação à prole. O reiterado **inadimplemento** autoriza à propositura de ação de alimentos contra os avós, mas não é possível cobrar deles o débito dos alimentos. Não cabe intentar contra os avós **execução** dos alimentos não pagos pelo genitor, o que seria impor a terceiro o pagamento de dívida alheia.

Ainda que exista uma ordem de obrigados, possível a propositura da ação concomitantemente contra o pai e o avô.[99] Constitui-se um **litisconsórcio passivo facultativo sucessivo de caráter eventual.**[100] Mesmo não dispondo o autor de prova da impossibilidade do pai, o uso de uma única demanda atende ao princípio da economia processual. Na instrução, comprovada a ausência de condições do

genitor e evidenciada a impossibilidade de ele adimplir a obrigação, é reconhecida a responsabilidade dos avós. A **cumulação da ação** contra pais e avós tem a vantagem de assegurar a obrigação desde a data da citação (LA 13 § 2.º).

Tende a jurisprudência a admitir a ação de alimentos contra os avós somente se **ambos os genitores** não tiverem condições de prover ao sustento da prole, sob o fundamento de que a omissão de um deles transmite ao outro a obrigação alimentar.[101] Assim, não poderiam os avós ser chamados a contribuir se o detentor da guarda trabalha ou tem algum recurso. O fato é que, quando da separação dos pais, os filhos, geralmente, ficam sob a guarda da mãe, que acaba punida por desempenhar atividade lucrativa com sucesso, o que é injusto.[102] A equivocada interpretação que se está dando à lei, além de livrar a responsabilidade dos avós, sinaliza o surgimento de um perigoso antecedente: a desoneração de um dos pais de prover ao sustento do filho, se este reside com o outro que tem renda própria. Com isso se está transferindo a um dos genitores a obrigação de prover sozinho à família. Quem detém a **guarda** fica com mais o ônus de manter os filhos, bastando que tenha algum rendimento, ainda que modesto. Essa postura gera desarrazoada angularização da obrigação alimentar: o dever de prestar alimentos passa de um dos pais para o outro e só depois é que se transmite aos ascendentes.

A lei fazer uso da palavra "pais", no plural, ao atribuir a eles os deveres decorrentes do poder familiar, não quer dizer que está se referindo a **ambos os pais**, e sim a **qualquer dos pais**.[103] A denominada paternidade responsável estendeu seus efeitos, alcançando os avós, que, tendo condições, podem ser chamados a completar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade do alimentando.[104] Em vez de pagar alimentos, os avós podem ser convocados, por exemplo, para

inserir o neto em plano de saúde ou até para o atendimento de alguma despesa extraordinária.

Quando a obrigação alimentar é atendida pelos avós, estão eles assumindo encargo que primeiramente não é deles. Assim, vindo o genitor a adquirir condições econômicas, cabe reconhecer o direito de **sub-rogação** dos avós.

Ocorrendo o inadimplemento do encargo imposto aos avós, grande é a celeuma quando é decretada a **prisão** dos mesmos. Inclusive em face do Estatuto do Idoso que lhes outorga especial proteção. Daí a possibilidade de ser aplicado outro meio executivo, como enunciado aprovado nas Jornada de Direito Civil.[105]

28.16. Obrigação dos parentes

Os parentes, cônjuges e conviventes podem pedir alimentos uns aos outros. Quem não tem condições de prover à própria sobrevivência tem o direito de socorrer-se de seus familiares para viver de modo compatível com sua condição social e ver atendidas as necessidades com educação(CC 1.694).

Ainda que a lei fale primeiro nos parentes e depois no **cônjuge** ou **companheiro**, a ordem está invertida. Sendo o credor casado ou vivendo em união estável, o cônjuge e o companheiro são os primeiros convocados a prestar alimentos.[106] Melhor dizendo, ex-cônjuge e ex-companheiro, pois durante a **vida em comum** não é possível o cônjuge ou companheiro pleitear alimentos do outro.

Com relação aos **parentes**, a obrigação alimentar acompanha a **ordem de vocação hereditária** (CC 1.829). Assim, quem tem direito à herança tem dever alimentar. Quanto aos **parentes em linha reta**, como o vínculo sucessório não tem limite (CC 1.829 I e II), é infinita a obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes (CC 1.696).

A obrigação é **recíproca**, estabelecendo a lei uma ordem de preferência, ou melhor, de responsabilidade. Os primeiros obrigados a prestar alimentos são os pais. Na falta de qualquer dos pais, o encargo transmite-se aos avós, e assim sucessivamente. Esse dever estende-se a todos os ascendentes. Também não há limite na obrigação alimentar dos descendentes: filhos, netos, bisnetos e tataranetos devem alimentos a pais, avós, bisavós, tataravós, e assim por diante. Na ausência de parentes em linha reta, busca-se a solidariedade dos **colaterais** (CC 1.592).

28.16.1. Obrigação dos irmãos, tios, sobrinhos e primos

O Código Civil reconhece a obrigação alimentar dos parentes (CC 1.694). Parentes em **linha reta** são os ascendentes e os descendentes (CC 1.591), sendo o vínculo infinito. Em linha **colateral ou transversal**, o parentesco estende-se até o **quarto grau** (CC 1.592). O conceito de família alberga todos os parentes. O limite da solidariedade familiar define-se pelos elos de parentesco. A exata identificação dos vínculos parentais tem enorme significado no direito sucessório, uma vez que os parentes colaterais integram a ordem de vocação hereditária (CC 1.829 IV): têm direito à herança quando inexistirem descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente.

A obrigação alimentar entre os parentes acompanha a ordem de vocação hereditária. Ou seja, tem dever de prestar alimentos quem tem direito de receber herança. A obrigação alimentar entre os parentes é de natureza sucessiva e subsidiária.[107] Especifica a lei (CC 1.697) que os **irmãos**, parentes em segundo grau, têm obrigação alimentar independentemente de serem irmãos **germanos** ou **bilaterais** (filhos de mesmo pai e mãe) ou **unilaterais** (identidade somente com relação a um dos pais).

Nada mais equívoco do que manter o entendimento de que a obrigação alimentar é limitada aos parentes colaterais até o segundo grau, bem como a classificação feita entre irmãos uni e

bilaterais.[108] Como é proibida qualquer denominação discriminatória relativa à filiação (CF 227 § 6.º), a menção é de duvidosa constitucionalidade. E, se a inconstitucionalidade não tisna esse dispositivo, atinge em cheio a norma que desiguala os irmãos para efeitos sucessórios (CC 1.841). A **obrigação alimentar** de ambos é igual (CC 1.697), mas o irmão unilateral recebe metade da **herança** quando concorre com irmão bilateral. A regra, além de inconstitucional, também é injusta, ou melhor, é inconstitucional por ser injusta.[109]

Apesar de todos reconhecerem que a ordem de vocação hereditária estende-se até o **quartograu**, de forma maciça a doutrina não admite que a responsabilidade alimentar ultrapasse o parentesco de **segundo grau**. Porém, não há como reconhecer **direitos** aos parentes e não lhes atribuir **deveres**. O fato de a lei explicitar o dever dos irmãos não exclui o dever alimentar dos demais parentes, aos quais é concedido direito sucessório. O silêncio não significa que estejam excluídos do dever de pensionar. O encargo segue os preceitos gerais: na falta dos parentes mais próximos são chamados os mais remotos, começando pelos ascendentes, seguidos dos descendentes. Portanto, na falta de pais, avós e irmãos, a obrigação passa aos tios e tios-avós, depois aos sobrinhos, aos sobrinhos-netos e, finalmente, aos primos. Mas esta não é a lógica da justiça.[110]

Cabe figurar um exemplo: dispondo de patrimônio (mas sem condições de prover à própria subsistência), alguém que não tenha pais, filhos ou irmãos não pode requerer alimentos aos demais parentes: tios, sobrinhos ou primos. Certamente a ação será desacolhida. Vindo o desafortunado a morrer de fome, seus bens serão entregues exatamente aos parentes que não lhe deram assistência. Contudo, não é isso que está na lei, não havendo como prevalecer a interpretação majoritária, que fere até mesmo elementares princípios éticos. Os graus de parentesco não devem servir só para se ficar com os bônus, sem a assunção dos ônus. Atribuindo a Constituição à

família os mais amplos deveres (CF 227), aí reside o dever de alimentos de todos para com todos. É imprescindível a proteção integral a cada um de seus membros, sendo os parentes - respeitada a ordem de preferência - obrigados a prestar alimentos entre si. Nada justifica conceder abrangência diversa ao conceito de **parentes**. Não parece crível, ante o princípio da razoabilidade, quisesse o legislador, de forma cartesiana, afastar tios, sobrinhos e primos do encargo alimentar, parentes esses que são herdeiros e que possuem legitimidade para receber bens do *de cujus*.[111]

Esta é também a posição de Cristiano Chaves de Farias[112] e de Rolf Madaleno, que questiona: *se pode e está habilitado a receber, porque realmente haveria de estar impedido de doar, como se solidariedade e parentesco fossem via de mão única? O direito sucessório e o direito familiar pertencem ao mesmo sistema, e a própria lei manda guardar a ordem de sucessão na obrigação alimentar (CC 1.698). Não se trata, portanto, de restringir os direitos sucessórios, mas de ampliar os direitos familiares, para permitir que a pensão alimentícia possa ser cobrada do parente colateral vocacionado a herdar*.[113]

28.16.2. Obrigação dos parentes por afinidade

A lei impõe a obrigação alimentar aos parentes sem qualquer distinção ou especificidade (CC 1.694). Parentes são quem a lei assim identifica. Além do **parentesconatural** ou **consanguíneo**, existe o **parentesco por afinidade**, que decorre do casamento e da união estável e se estabelece entre o cônjuge ou o companheiro com os ascendentes, descendentes ou irmãos do outro (CC 1.595 § 1.º). Com a dissolução do vínculo familiar, perpetua-se o vínculo na linha ascendente e descendente, dissolvendo-se somente a relação parental por afinidade na linha colateral.

Ou seja, modo expresso, ressalva a lei a permanência do vínculo de afinidade após a **dissolução** do **casamento** e da **união estável** (CC 1.595 § 2.º). E, remanescendo o vínculo jurídico, mantém-se a **solidariedade familiar**. Ora, não se extinguindo a relação de parentesco, imperioso reconhecer a persistência do dever alimentar.

No entanto, a doutrina é contra o reconhecimento da obrigação alimentar, entendendo que a afinidade não origina parentesco, mas apenas aliança, não sendo apta a criar direito a alimentos. Porém, a lei não faz qualquer distinção. Fala em parentesco por afinidade (CC 1.595 § 1.º) e impõe obrigação alimentar aos parentes (CC 1.694). Desse modo, quando o legislador faz menção a parentes, devem se entender aí os familiares consanguíneos, os da afinidade e da adoção. É o que afirma Belmiro Welter, ainda que se posicione contra a fixação de alimentos em decorrência do vínculo de afinidade. Mas admite que a questão do dever alimentar entre os afins demandará novas reflexões.[114]

Não dispondo o ex-cônjuge ou o ex-companheiro de condições de alcançar alimentos a quem saiu do relacionamento sem meios de prover ao próprio sustento, os primeiros convocados são os parentes consanguíneos e, na sua falta, os que mantêm vínculo de parentesco civil, por adoção ou vínculo socioafetivo. Na ausência ou precariedade de condições desses de prestar os alimentos, cabe socorrer-se dos parentes cujo vínculo permaneceu mesmo depois de solvido o elo afetivo: ex-sogro, ex-genro, ex-padrasto.

Reconhecendo a lei a permanência do vínculo de parentesco sem fazer nenhuma ressalva ou impor qualquer restrição, descabe interpretação restritiva que limite direitos. Assim, dissolvido o casamento ou a união estável, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Também possível o **enteado** buscar alimentos do ex-cônjuge ou ex-companheiro do seu genitor. Não é necessária a existência de uma filiação

socioafetiva ou a posse de estado de filho. Basta a presença de um vínculo de afetividade.

Ainda que se trate de responsabilidade **subsidiária e complementar**, não se pode negar que exista. Quem estiver destituído dos recursos necessários para prover à própria subsistência não pode ser abandonado à própria sorte. Ao menos em circunstâncias excepcionais, quando não houver parentes consanguíneos ou civis, ou restar evidenciado que eles não dispõem de recursos para auxiliar, cabe apelar ao vínculo de afinidade. A tese é nova, já está referendada na doutrina,[115] mas não é aceita pela jurisprudência,[116] mas que é defensável, é.

28.17. Em favor do idoso

O Estatuto do Idoso veio atender ao comando constitucional que veda discriminação em razão da idade (CF 3.º IV) e atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparo às pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (CF 230). Ao operacionalizar esse direito, acaba o **Estado** assumindo, ainda que em caráter subsidiário e complementar, **obrigação alimentar** em favor do idoso.

Primeiro o Estatuto impõe o dever de prestar alimentos a quem tem tal obrigação, nos termos da lei civil (EI 11): cônjuges ou companheiros e parentes (CC 1.694). Não dispondo qualquer dos obrigados de condições econômicas para atender à manutenção de quem tiver mais de 60 anos, a obrigação passa a ser do Poder Público, no âmbito da assistência social (EI 14). Quem chega aos 65 anos de idade sem condições de prover a sua subsistência, nem sua família tem meios de assegurar-lhe o sustento, faz jus a um benefício mensal no valor de um salário mínimo (EI 34). Tal encargo tem

caráter claramente alimentar, que não necessita sequer ser quantificado, pois o valor já está prefixado na lei.

Foi o **Estatuto do Idoso** que reconheceu o acordo alimentar, referendado pelo Ministério Público, como **título executivo extrajudicial** (EI 13), postura adotada pela lei processual (CPC 784 IV).

Explicita o Estatuto que a obrigação alimentar é **solidária** (EI 12). A assertiva solve antiga controvérsia doutrinária. O fato de a lei estabelecer a subsidiariedade do **dever concorrente** não exclui a solidariedade, sendo possível chamar a juízo os demais obrigados (CC 1.698). O encargo entre os parentes, que também tem origem na solidariedade familiar (CC 1.694), com a ressalva existente no Estatuto do Idoso (12), autoriza a convocação dos demais obrigados à demanda.

Assegurada a solidariedade com relação ao idoso, não há como deixar de invocar o mesmo princípio, ao menos em se tratando de obrigação em favor de **crianças e adolescentes**. Todos merecem especial atenção do Estado, não havendo como estabelecer diferenciações sem esbarrar no primado da **igualdade**.

28.18. Obrigação do Estado

O **Estatuto do Idoso** consagra, de modo explícito, a obrigação alimentar do Estado. O princípio maior da Constituição Federal impõe, como fundamento do Estado Democrático de Direito, respeito à dignidade da pessoa humana (CF 1.º III), e tem por pressuposto o direito à vida, à sobrevivência.

Esta obrigação é reafirmada no Estatuto do Idoso. Além de assegurar alimentos (EI 11) com origem na solidariedade familiar (CC 1.694), vai além. Na ausência de parentes em condições econômicas de prover ao sustento de quem tiver mais de 60 anos, o encargo passa a ser do Poder Público, no âmbito da **assistência social** (EI

14). E quem tem 65 anos de idade, não tendo como garantir a própria subsistência nem podendo socorrer-se da família, tem direito a um benefício mensal no valor de um salário mínimo (EI 34). O encargo tem caráter alimentar. E, se o Estado deve alimentos ao **idoso**, com muito mais razão cabe reconhecer que tem a mesma obrigação com relação a quem assegura, com absoluta prioridade, proteção integral: **crianças e adolescentes**. Para se chegar a essa conclusão, basta invocar o princípio constitucional da igualdade.

Identifica o ECA como criança, a pessoa de até 12 anos incompletos e, como adolescente, quem tem menos de 18 anos (ECA 2.º). Uma vez que a Constituição (7.º XXXIII e 227 § 3.º I) veda o trabalho até os 16 anos de idade, só admitindo o trabalho como aprendiz depois dos 14 anos, claramente até essa idade crianças e adolescentes não dispõem de condições de prover à própria subsistência. Não possuindo os pais meios de atender ao dever de sustento decorrente do poder familiar (CC 1.568 e ECA 22) e nem os demais parentes que têm obrigação alimentar (CC 1.591, 1.592 e 1.694), é do Estado a obrigação de assegurar a manutenção dos jovens carentes no âmbito da assistência social.

Crianças e adolescentes têm direito de ser criados e educados no seio de sua família, sendo-lhes assegurada a convivência familiar (ECA 19). É atribuído aos pais o dever de garantir a vida e a sobrevivência dos filhos. Mas a ausência de condições de prover-lhes o sustento não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar (ECA 23). Flagrada a absoluta ausência de condições, tanto dos pais, como dos parentes que têm a obrigação de garantir-lhes sustento, crianças e adolescentes podem buscar alimentos do Poder Público. Os menores de 14 anos fazem jus a igual valor assegurado aos idosos de mais de 65 anos: um salário mínimo mensal. Para quem tem entre 14 e 18 anos de idade, a forma de o Estado se safar do pagamento dos alimentos é lhes garantindo trabalho como aprendiz.

Em relação a quem tem **capacidade laborativa**, desonera-se o Poder Público do dever alimentar fomentando o desenvolvimento social e o crescimento econômico, de forma a garantir **trabalho** a todos. Por meio do trabalho é que as pessoas conseguem manter a si e a sua família, com o que se desonera o Estado de diretamente alcançar-lhes alimentos. Mas a quem não tem capacidade laborativa - idosos, crianças e adolescentes -, esse encargo deve ser assumido pelo Estado, que tem como dever maior assegurar a dignidade da pessoa humana.

A vedação de concessão de **tutela antecipada** contra a Fazenda Pública, bem como a exigência de **reexame necessário** da sentença condenatória proferida em seu desfavor, não produzindo efeito antes de confirmada pelo tribunal, não podem ser opostas à obrigação de natureza alimentar. Não é possível condicionar a eficácia da decisão do juiz à confirmação do órgão recursal, sob pena de se retirar o caráter de imediatidade a benefício que tem natureza assistencial. A tutela jurisdicional, seja de cognição, seja de execução ou cautelar, tem fundamento constitucional, não podendo lei ordinária esvaziá-la.[117]

28.19. Compensatórios

O tema é novo, não previsto de modo expresso na lei. Mas, por insistência da doutrina, a justiça começou a reconhecer o direito a alimentos compensatórios. Para evitar confusões, talvez o melhor fosse falar em **verba ressarcitória, prestação compensatória** ou **alimentos indenizatórios**. Afinal, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, mas corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação. Sua origem está no dever de **mútua assistência** (CC 1.566 III) e na condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família que os cônjuges adquirem com o casamento (CC 1.565).

Este vínculo de solidariedade existe não só entre os cônjuges, mas também entre os companheiros (CC 265). Produzindo o fim da vida em comum **desequilíbrio econômico** entre o casal, em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos compensatórios. O cônjuge ou companheiro mais afortunado deve garantir ao ex-consorte que se reequilibre economicamente.[118] Cabem ser fixados, inclusive, a título de **tutela antecipada**.120

Faz jus a esta verba quem não perceber bens em face do regime de bens adotado no casamento, que não permite comunicação dos aquestos. O propósito da pensão compensatória é indenizar por algum tempo ou não o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro.[119120] O pagamento pode ser feito em única parcela ou de forma periódica. Nem assim podem ser considerados alimentos, podendo ambas as verbas serem concedidas cumulativamente.[121]

De qualquer forma, não se confundem com os alimentos decorrentes das relações de conjugalidade (CC 1.694), que, em regra, são fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o status social similar ao período do relacionamento.[122]

Como afirma Rolf Madaleno, mesmo que o credor de alimentos compensatórios trabalhe e gere renda própria, insuficiente, no entanto, para a mantença do seu padrão econômico conjugal, perdido em decorrência do divórcio (principalmente se foi casado pelo regime da separação convencional de bens, e com mais razão ainda, se

permaneceu ocupado com as tarefas caseiras), perdeu a chance de investir em seu próprio capital humano. Assim, os alimentos compensatórios cobrirão seus prejuízos com a periódica prestação pecuniária, como dívida moral que em nada aumentará sua riqueza econômica, mas tratará somente de substituir a perda sofrida.[123]

Por isso os alimentos compensatórios podem ser considerados como uma indenização pela ***perda da chance*** experimentada por um dos cônjuges durante o casamento. Assim, cabe ser ressarcido o desequilíbrio econômico ocasionado pela ruptura da vida, atentando-se ao princípio da equidade que serve de base ao dever de solidariedade. Como não dispõe de conteúdo alimentar, sua fixação não se submete às vicissitudes do trinômio proporcionalidade-possibilidade-necessidade. Dessa forma, mesmo que o beneficiário venha a obter meios de prover à sua própria subsistência, tal não dispensa o devedor de continuar alcançando-lhe o valor estipulado.[124] A possibilidade revisional só cabe quando alteradas as condições econômicas do alimentante, em face da teoria da imprevisão, cuja cláusula *rebus sic stantibus* sempre está presente em se tratando de obrigações que se prolongam no tempo.

Os alimentos compensatórios não se confundem com os **alimentos provisórios** da Lei de Alimentos (LA 4.º parágrafo único), quando o juiz determina que seja entregue ao credor **renda líquida dos bens comuns**, administrados pelo devedor. A condição de que estejam as partes casadas pelo regime da comunhão universal de bens não persiste.[125] Não há justificativa para deixar o juiz de determinar a entrega dos rendimentos com referência aos bens que, independentemente do regime do casamento, pertencem ao casal. Assim, permanecendo na administração exclusiva de um os bens que produzem rendimentos, o outro faz jus à metade dos seus rendimentos a título de **meação** dos frutos do patrimônio comum, até a ultimação da **partilha**.[126] Dita estratégia acaba, ao menos, servindo de instrumento de pressão para a divisão do patrimônio comum que,

de modo geral, permanece nas mãos do varão, que o administra sozinho, e fica, na maior parte das vezes, com a totalidade dos rendimentos.

Ainda que ambos disponham de nítido caráter **reparatório** e **indenizatório**, tal fato, por si só, não autoriza confundi-los. Apesar da distinção, a jurisprudência muito frequentemente se equivoca. Atribuem alimentos compensatórios quando a posse e administração dos bens comuns permanecem na posse e administração de um dos consortes.[127] Nomina de compensatórios os alimentos chamados provisórios (LA 4.º parágrafo único) e que nada mais são do que a divisão dos frutos e rendimentos dos bens do casal, a título de ressarcimento pela não imissão imediata dos bens da meação a que faz jus.

A distinção se faz necessária principalmente em sede de **execução**. A tendência é reconhecer que os alimentos compensatórios não autorizam execução pelo rito da prisão civil.[128]

Outro ponto que não encontra uma resposta única em sede jurisprudencial diz com a **compensação** dos valores recebidos quando da efetivação da partilha. A tendência é admitir a compensação, quando se trata dos frutos dos bens comuns.[129]

28.20. Transitórios

A obrigação alimentar persiste enquanto houver necessidade do credor e possibilidade do devedor. No entanto, ao menos com referência aos alimentos devidos a **ex-cônjuge** ou **ex-companheiro**, passou a jurisprudência a fixar, de forma absolutamente aleatória, prazo determinado à pensão alimentar. Somente circunstâncias excepcionais, como a incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho.[130] A justificativa é que, tendo o alimentando potencialidade

para ingressar no mercado de trabalho, não precisa mais do que um tempo para começar a prover ao próprio sustento. Dita sustentação não dispõe de respaldo legal. O parâmetro para a fixação dos alimentos é a necessidade, e não há como prever - a não ser por mero exercício de futurologia - que alguém, a partir de determinada data, vai conseguir se manter. De qualquer modo, é salutar a fixação de alimentos até a ultimação da partilha, quando os bens permanecem na posse e administração do varão. Ainda que sejam chamados alimentos compensatórios, servem também como forma de pressão para a divisão dos bens.

O STJ criou perigoso antecedente ao extinguir o encargo alimentar pelo só fato de perdurar por significativo lapso de tempo, sem fazer qualquer questionamento sobre a persistência da necessidade do credor.[131]

Não se pode olvidar a dificuldade de acesso ao competitivo mercado de trabalho, principalmente de quem permaneceu dele afastado por alguns anos. Essa ainda é a realidade: as mulheres, com o casamento ou ao estabelecerem união estável (geralmente por exigência do varão), dedicam-se exclusivamente às tarefas domésticas e à criação dos filhos. Não há como fixar um prazo para que consigam sobreviver por conta própria. Às vezes, a fixação do termo final é condicionada ao término dos estudos[132] ou à conquista de trabalho.

Estabelecido a favor do ex-cônjuge encargo alimentar por **prazo determinado**, para inserir-se no mercado de trabalho, caso tal não ocorra, possível é prorrogar a obrigação por prazo indeterminado, principalmente se, em face da idade, ele não consegue meios para prover sua subsistência.[133]

Quando os alimentos transitórios são fixados a favor do filho, para o devedor livrar-se do encargo, precisa buscar a **via exoneratória**, não havendo como deixar a seu bel-prazer estabelecer o fim

da obrigação. Quanto o beneficiário é o cônjuge ou companheiro, o implemento do prazo é o que basta para a cessação do pagamento.

Para a **execução** dos alimentos transitórios é possível o uso da via da **prisão**.[134]

28.21. Intuitu familiae

Assim são chamados os alimentos definidos em favor de mais de uma pessoa de **forma global**, sem individualizar a proporção de cada beneficiário. Normalmente são estipulados em benefício da **entidade familiar** - ex-mulher e filhos - até porque muitas das despesas são comuns. A simples falta de expressa individualização da verba alimentar, não configura esta modalidade de encargo, presumindo-se que o crédito foi instituído *intuitu personae*, ou seja, individualmente a cada um dos credores, em percentuais iguais.[135]

Ainda que o crédito alimentar seja personalíssimo, possível a instituição de alimentos a favor de mais de uma pessoa eis que a **solidariedade** pode ser estabelecida por vontade das partes (CC 265).

Como o crédito é em prol de todos, dispõe cada um de legitimidade para a cobrança da integralidade de seu valor.[136] Deste modo, se um ou mais filhos atinjam a maioridade, pode a genitora propor a execução para cobrança da totalidade do débito.

Mesmo cessando a necessidade de algum dos beneficiários, tal não implica, obrigatoriamente, na redução do valor dos alimentos, e isso por sua natureza difusa. Mas, nesta hipótese é cabível invocar a cláusula *rebus sic stantibus*, por alteração do trinômio alimentar e afronta o **princípio da razoabilidade** o que justifica pedido revisional.

Estabelecida a obrigação alimentar de forma conjunta, na ação de redução ou de exoneração do encargo com relação a um dos credores é necessária a **citação** de todos os beneficiados para a ação. Impõe-se a formação de um **litisconsórcio passivo**, pois o crédito foi estabelecido em favor de todos.[137]

28.22. Quantificação

Os alimentos devem permitir a mantença do **mesmo padrão de vida** de que desfrutava o alimentando antes da imposição do encargo (CC 1.694). O princípio balizador é a necessidade de quem percebe e a possibilidade de quem paga.

A uniformidade de tratamento conferida pelo Código Civil ao instituto dos alimentos não afastou a distinção já consolidada na jurisprudência, de quantificá-los segundo a natureza do vínculo obrigacional. Aos filhos, os pais devem **alimentos civis**. Ao **cônjuge** e ao **convivente ,** são devidos **alimentos naturais**.

A favor dos **descendentes**, a pensão deve ser fixada de forma **proporcional** aos rendimentos do alimentante. Chega-se a definir o filho como "sócio do pai", pois tem ele direito de manter o mesmo **padrão de vida** ostentado pelo genitor. Portanto, em se tratando de alimentos devidos em razão do **poder familiar**, o balizador para a sua fixação, mais que a necessidade do filho, é a possibilidade do pai: quanto mais ganha este, mais paga àquele. Melhorando a condição econômica do pai, possível é o pedido revisional para majorar a pensão e adequá-la ao critério da proporcionalidade. Persistindo a necessidade após o implemento da maioridade, a prole continua a fazer jus a alimentos, em face da permanência do vínculo paterno-filial.

A verba alimentar devida entre **cônjuges e companheiros** é fixada com mais parcimônia, destinando-se ao atendimento das necessidades de **sobrevivência com dignidade**. Os alimentos devem

atender ao indispensável para a mantença do beneficiário. A fixação da obrigação não atende estritamente ao critério da proporcionalidade: prende-se mais às necessidades do credor do que às possibilidades do devedor.

O cônjuge ou o companheiro não se beneficiam da ascensão econômico-financeira do ex-parceiro. Pode buscar majoração da pensão se houver aumento de suas necessidades, não em razão da melhoria de vida do alimentante. Idêntico é o critério utilizado quando se trata de obrigação alimentar decorrente do vínculo de **solidariedade familiar**, devida pelos avós ou pelos parentes colaterais.

A quantificação dos alimentos é levada a efeito pelo juiz. O valor indicado pelo autor da demanda é meramente estimativo, quer se trate de ação de alimentos proposta pelo credor, quer se trate de demanda de oferta de alimentos intentada pelo devedor. Assim, em sede de obrigação alimentar não há falar em decisão *ultra* ou *extra petita*, nem quando o juiz fixa alimentos além do pedido, nem quando o tribunal redimensiona a verba transbordando dos limites da sentença. Também não ocorre o transbordaemnto dos limites da demanda quando, pleiteada a exoneração, é concedida a redução do encargo.[138]

28.23. Proporcionalidade-necessidade-possibilidade

A responsabilidade alimentar recebe, no Código Civil, tratamento uniforme. Inexiste distinção de critérios para a fixação do valor da pensão em razão da natureza do vínculo obrigacional. Estão regulados de forma conjunta os alimentos decorrentes dos laços de consanguinidade, de solidariedade, do poder familiar, do casamento ou da união estável. Os alimentos devem sempre permitir que o alimentando viva de modo compatível com a sua condição social. Ainda que seja esse o direito do credor, na quantificação de valores é necessário que se atente às possibilidades do devedor de cumprir o

encargo. Assim, de um lado há alguém com direito a alimentos e, de outro, alguém obrigado a alcançá-los.

A regra para a fixação do encargo alimentar é vaga e representa apenas um *standard* jurídico (CC 1.694 § 1.º e 1.695). Dessa forma, abre-se ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos individuais.[139] Para definir valores, há que se atentar ao dogma que norteia a obrigação alimentar: o **princípio da proporcionalidade**.[140] Esse é o vetor para a fixação dos alimentos. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, *o princípio da proporcionalidade ou da* ***razoabilidade****, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, segue de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico*.[141]

Tradicionalmente, invoca-se o **binômio necessidade-possibilidade**, perquirindo-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da **proporcionalidade**. Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.[142]

O critério mais seguro para resguardar o princípio da proporcionalidade é mediante a **vinculação aos rendimentos** do alimentante. Dessa maneira, fica garantido o reajuste dos alimentos no mesmo percentual dos ganhos do devedor, afastando-se discussões acerca da defasagem dos valores da pensão. Dita modalidade, além de guardar relação com a capacidade econômica do alimentante, assegura o seu proporcional e automático reajuste. Decisão do STJ, de forma surpreendente, afastou este critério, quando se tratam de

alimentos definitivos, ao afirmar que as variações positivas na remuneração total do alimentante não tem impacto no valor dos alimentos.[143] Tal raciocínio até pode ser feito quando os alimentos são devidos a **cônjuges ou companheiros**, os quais devem ser estabelecidos atentando mais às necessidades dos credores. No entanto, quando são devidos a **filhos** nada justifica não beneficiá-los com o sucesso do genitor. Tem eles o direito de usufruir do **mesmo padrão de vida** dos pais. E, quanto mais eles ganham, a mais alimentos os filhos fazem jus.

Quando o alimentante é **profissional liberal**, autônomo ou empresário, enorme é a dificuldade de descobrir seus ganhos. Por isso, pode o juiz solicitar à Receita Federal cópia da **declaração de renda** de quem tem o ônus de pagar alimentos. Também é possível determinar a quebra do **sigilo fiscal** e **bancário**.[144]

O surgimento de novas possibilidades de constituição de sociedades dá ensejo a que as pessoas dos sócios restem totalmente invisíveis. Todo o patrimônio figura como sendo da pessoa jurídica, percebendo os seus integrantes singelos valores a título de *pró-labore*. Esses mecanismos de despatrimonialização, sob a denominação de **planejamento sucessório,** surgiram para driblar encargos tributários. Mas passaram a ser utilizados pelos devedores de alimentos, na tentativa de dificultar a aferição dos seus reais rendimentos. Por essa razão, vem cada vez mais ganhando espaço, na justiça, o uso da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, chamada de princípio da ***disregard*** , que permite desvendar entes societários para descobrir a real participação de determinado sócio.[145] Do mesmo modo cabe a **desconsideração invertida da personalidade jurídica** sob a qual se escuda o alimentante. Essas possibilidades investigatórias não se confrontam com os princípios constitucionais da **privacidade** e da **intimidade** do alimentante, pois se sobreleva o direito à vida do alimentando.

Cabe, ao juiz, fixar os alimentos. Para isso, precisa dispor dos meios necessários para saber as necessidades do credor e as possibilidades do devedor. Como é difícil ao credor provar os ganhos do pai, os alimentos devem ser fixados por indícios que evidenciem seu **padrão de vida**.[146] Nada mais do que atentar aos sinais externos de riqueza, pelo **princípio da aparência**.[147]

Esta dificuldade do credor autoriza a **inversão dos ônus probatórios**, podendo o juiz impor ao réu o encargo de comprovar os seus rendimentos (CPC 373 § 1.º). Em sede alimentar, o magistrado não está adstrito ao **princípio da congruência**, que restringe a decisão judicial ao limite dos pedidos das partes.[148] Desse modo, pode fixar a verba alimentar em valor superior ao *quantum* pleiteado pelo autor, sem que se possa falar em decisão *citra* ou *ultra petita*.

28.24. Ação de alimentos

Deixando o obrigado de alcançar espontaneamente os alimentos, é necessário que o credor busque a justiça, merecendo dispor de um acesso imediato e uma resposta rápida. Afinal, trata-se de crédito que visa garantir sua subsistência, sendo indispensável que a ação tenha rito diferenciado e célere. O Código de Processo Civil determina o uso de legislação específica (CPC 693 parágrafo único). Trata-se da **Lei de Alimentos** (L 5.478/68). Às claras perdeu o legislador uma bela oportunidade para contornar as inúmeras dificuldades decorrentes da aplicação de uma lei editada no ano de 1968 e que não guarda qualquer consonância com a realidade dos dias de hoje. Basta atentar que autoriza o credor, pessoalmente, a dirigir-se ao juiz competente (LA 2.º). De qualquer forma, para o uso da ação de rito especial é indispensável a **prova do vínculo de parentesco** ou da **obrigação alimentar**.

Mais uma incongruência: a ação obedece ao rito da lei especial, mas a **execução dos alimentos** é levada a efeito segundo o procedimento da lei processual (CPC 911 a 913).

Apesar de delegado à Lei de Alimentos o rito da demanda, algumas disposições são previstas na lei processual. O **valor da causa** deve corresponder à soma de 12 prestações mensais pedidas pelo autor (CPC 292 III).

Injustificadamente é assegurado **segredo de justiça** à ação de alimentos (CPC 189 II). Há que ser interpretado este dispositivo somente se houver partes incapazes.

28.24.1. Legitimidade

Quem dispõe de legitimidade para propor ação de alimentos é o **credor** - titular do crédito alimentar.

Antes do **nascimento**, a legitimidade para a ação é da gestante, que pode optar entre requerer **alimentos gravídicos** ou alimentos a favor do **nascituro**. Descabe é cumular ambos os pedidos, até porque os alimentos gravídicos se transformam em alimentos provisórios a partir do nascimento.

O credor **menor ou incapaz** deve ser representado ou assistido por quem detém a sua guarda. No entanto, atingida a **maioridade** no curso da ação, persiste a legitimidade do seu representante para a demanda, não havendo necessidade de outorga de nova procuração e nem a substituição da parte credora[149]

Não é a **representação legal** que confere a legitimidade ao guardião para a ação, mas a **guardadefato**. O **guardião** tem a obrigação de prestar assistência a quem está sob sua guarda, inclusive frente aos pais (ECA 33), uma vez que a transferência da guarda não subtrai dos pais o dever de prestar alimentos aos filhos (ECA 33 § 4.º). Assim, se o credor vive na companhia de uma pessoa com

quem não tem vínculo de parentesco, esta pode representá-lo em juízo na ação de alimentos.

Quando o credor dos alimentos é **relativamente capaz**, há a necessidade de anuir ao processo, o que, conforme alerta Rolf Madaleno, tem dado margem a profundas injustiças. Ocorrendo a inadimplência, sob o influxo da autoridade parental, negam-se os filhos a prosseguir com ação em que o guardião busca a cobrança dos alimentos. Também não é incomum serem os filhos compelidos a firmar falsas declarações ou recibos de quitação dos alimentos alegando havê-los recebido diretamente do pai, frustrando, assim, a cobrança judicial.[150]

Para evitar prejuízo enorme, como o genitor que detém a guarda é quem acaba sozinho provendo ao sustento da prole, indispensável reconhecer a ocorrência de **sub-rogação**. Ou seja, resta ele como titular do crédito vencido e não pago enquanto o filho era menor, ainda que relativamente capaz. Se ele está sob sua guarda, como o dever de lhe prover o sustento é de ambos os genitores, quando tal encargo é desempenhado por somente um deles, pode reembolsar-se com relação ao omisso. Foge à lógica do razoável obrigar o titular da guarda a ajuizar demanda de cognição para obter o reconhecimento de um direito que lhe é patente.[151]

O mesmo ocorre quando o filho passa para a guarda do outro genitor. Se existe um crédito alimentar, quem arcou sozinho com o sustento do filho pode reembolsar-se do que despendeu. Dispõe ele de legitimidade para cobrar os alimentos. Age em nome próprio, como **credor sub-rogado**.

Nítido o caráter protetivo da lei quando o alimentando é criança, adolescente ou incapaz. Tanto que não só aos seus representantes cabe a iniciativa de pleitear pensionamento. O **Ministério Público** pode propor a ação (ECA 201 III)[152] e tem legitimidade tanto para

recorrer[153] como para propor a execução,[154] ainda que o menor de idade esteja representado pelo genitor e não se encontre em situação de risco.153

28.24.2. Procedimento[155]

Como o dever de alimentos geralmente decorre de vínculo de natureza familiar, deve ser trazida com a inicial a **prova do parentesco** ou da **obrigação** (LA 2.º) por **documento público**[156] (certidão de nascimento ou casamento). Os documentos probatórios, entretanto, podem ser dispensados (LA 2.º § 1.º).

A ação não precisa ser previamente **distribuída** e nem as **custas** necessitam ser pagas: basta o autor afirmar que não tem condições para arcar com os encargos processuais (LA 1.º). Caso o autor compareça pessoalmente, sem a indicação de profissional para defender seus interesses, incumbe ao magistrado nomear-lhe **advogado** (LA 2.º § 3.º). Estas possibilidades estão na lei, mas não dispõem mais de sentido, pois a distribuição tornou-se indispensável e cabe a **Defensoria Pública** a representação de quem não tem condições de contratar um advogado.

Ao despachar a inicial, o juiz estipula, desde logo, **alimentos provisórios** (LA 4.º). Mesmo se não requeridos, os alimentos devem ser fixados, a não ser que o credor **expressamente declare** que deles não necessita. Na mesma oportunidade o juiz fixa prazo razoável para a contestação. Como a lei não diz qual o prazo nem a partir de quando flui - se da citação ou da audiência -, é necessário que tais detalhes sejam explicitados no despacho, sob pena de gerar insegurança ao réu, impor um trabalho desnecessário ao advogado além de fomentar o estado de beligerância das partes, que tomam ciência da linha de argumentação sustentada pelo demandado. Por isso, de modo geral, o prazo de contestação tem início na **audiência**, caso reste infrutífera a conciliação. Descabido impor ao procurador do réu

que apresente a contestação na audiência, pois alcançada a conciliação inútil o trabalho levado a efeito. Mas se nada for esclarecido pelo juiz, e o prazo da contestação se esgotar antes da audiência, deve o réu protocolar a defesa para não correr o risco da intempestividade.

Determina a lei que a ação se inicie com a designação da **audiênciadeconciliação e julgamento** (LA 6.º). Nada justifica que o juiz ordinarize o rito, limitando-se a determinar a citação do réu para contestar e, só depois da réplica, designar audiência. Do mesmo modo é desnecessário que seja determinado às partes que compareçam acompanhadas das testemunhas (LA 8.º). A obtenção da tão almejada conciliação levaria à dispensa das testemunhas, além de impedir que o juiz designe um número muito maior de audiências,

Na prática os juízes: fixam os alimentos provisórios, designam audiência de conciliação e fixam o prazo da contestação, esclarecendo que o mesmo terá início no dia da audiência, se não for obtida a conciliação.

A ausência do **autor** implica o **arquivamento** da ação (LA 7.º). Oportunamente, ele poderá pedir o seu prosseguimento. A solução é salutar, em face da natureza do direito tutelado, apesar de afastar-se do procedimento do estatuto processual, que autoriza a propositura de nova ação (CPC 486). Tal exigência seria descabida do credor de alimentos.

O não comparecimento do **réu** leva à aplicação da pena de **revelia** (CPC 344): presume-se verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor. Porém, os efeitos confessionais são relativos, quando as assertivas do autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com as provas dos autos (CPC 345 IV). No entanto, citado o réu, deixando ele de comparecer à audiência e de contestar a ação, impositivo que os alimentos sejam fixados **no montante solicitado pelo credor**, já que o alimentante recebeu cópia da inicial e

sabe qual é a pretensão do autor. Manter-se silencioso significa que concorda com o valor pleiteado.

A **revelia** enseja os efeitos de confissão quanto à **matériadefato** somente na ação de alimentos proposta pelo **credor**. Nas demandas revisionais, em que o devedor busca a redução ou a exoneração do encargo alimentar, o silêncio do réu não supre a necessidade de o alimentante provar a redução de suas possibilidades ou diminuição das necessidades do credor. Tais assertivas dependem de prova, sob pena de a pretensão esbarrar na **coisa julgada**.

Na audiência, presente o **Ministério Público**, o juiz tenta a **conciliação** (LA 9.º). Na inexistência de acordo, deve abrir o prazo para a apresentação da **contestação**. Como a ação dispõe de rito especial, a tendência sempre foi não admitir o oferecimento de **reconvenção**, até porque a demanda teria natureza dúplice. Com base na efetividade do processo, economia, celeridade e instrumentalidade, tem-se priorizado a possibilidade de veiculação de pedidos na própria contestação.[157] De qualquer modo, pretendendo o réu formular pedido contra o autor, cabe propor nova demanda, que, em face da **litispendência**, dá ensejo a instrução conjunta e julgamento único. Proposta ação de exoneração de alimentos, o credor pode intentar ação de majoração do encargo. O juiz deve reunir os processos e proceder à instrução conjunta, proferindo uma só sentença, até para evitar decisões conflitantes.

É indispensável que seja colhido o **depoimento pessoal** das partes. A tentativa de conciliação não supre tal necessidade, pois é preciso que fiquem consignadas suas manifestações, para haver subsídios no caso de o processo ser julgado por outro magistrado ou em face de eventual recurso. As **testemunhas** não precisam ser pessoas estranhas, pois quem sabe dos fatos que acontecem em família são justamente os parentes e os amigos mais chegados. Os parentes são ouvidos como informantes e não prestam compromisso.

Depois das alegações finais, o magistrado renova a tentativa de conciliação e prolata **sentença** (LA 11 parágrafo único) que, mesmo sujeita a recurso, tem efeito imediato, pois a **apelação** é recebida apenas no **efeito devolutivo** (LA 14 e CPC 1.012 II). Alterado, na sentença, o valor dos alimentos provisórios - para mais ou para menos -, o novo valor passa a vigorar de imediato. Afinal, foram fixados depois da instrução do processo. A determinação de que os alimentos provisórios persistem até o julgamento do **recurso extraordinário** (LA 13 § 3.º) não mais vigora, pois os recursos aos tribunais superiores não dispõem de efeito suspensivo (CPC 1.029 § 5.º).

Por expressa determinação legal o rito da Lei de Alimentos aplica-se às ações de anulação de casamento e de divórcio (LA 13). Ocorre uma **cumulação de ações**, sendo cabível a fixação liminar dos alimentos. Também as ações revisionais e as exoneratórias seguem o mesmo procedimento.

A possibilidade de haver cumulação de ações não se limita exclusivamente ao elenco referido na lei. Basta lembrar as ações de **investigação de paternidade** e de reconhecimento de **uniãoestável**. Ainda que em nenhuma delas exista a prova pré-constituída da obrigação alimentar, há a possibilidade de serem fixados alimentos provisórios a título de **tutela antecipada**.

Na demanda **investigatória**, mesmo que não requerido pelo autor, o juiz deve fixar de ofício os alimentos. Se tal é possível no procedimento oficioso de reconhecimento da paternidade promovido pelo Ministério Público (L 8.560/92 7.º), nada obsta invocar o mesmo preceito na ação intentada pelo investigante.

28.25. Competência

A competência na ação de alimentos é ditada pela lei processual (CPC 53 II): o foro competente é o do **domicílio ou da residência**

do alimentado. Sendo eles menores ou incapazes, a competência é da residência de seus representantes. Não importa se a demanda foi proposta pelo credor ou pelo devedor. Mesmo a ação de **oferta de alimentos** deve ser intentada onde o credor reside.

Como o privilégio de foro é assegurado em benefício do alimentando, questiona-se se a competência é absoluta ou relativa. Ou seja, se o credor pode abrir mão dessa prerrogativa e ingressar com a ação no domicílio do alimentante. O STJ, invocando o art. 147 do ECA, afirma ser a **competência absoluta**, devendo ser declarada de ofício, mostrando-se inadmissível sua prorrogação.[158]

Os Juizados da Infância e da Juventude detêm **competência absoluta** para processar e julgar ações que digam com os interesses de **crianças e adolescentes** que se encontrem em situação de risco (ECA 98), até para a ação de alimentos (ECA 148 parágrafo único *g*). A não ser nesta hipótese, a competência não é das Varas da Infância e Juventude e a **competência** é **relativa**. Não cabe ao juiz, de ofício, impor ao autor demandar no foro de seu domicílio[159] e nem o réu pode opor **exceção de incompetência**, pois o direito não é seu. Até porque foi obedecida a regra da **competência territorial** (CPC 46).

O **idoso** tem privilégio absoluto de foro em face de regra do Estatuto do Idoso (art. 80). Nas ações de alimentos contra o **Estado**, quer promovidas por idosos, quer por crianças ou adolescentes, não ocorre o deslocamento da competência para as varas da Fazenda Pública.

A ação **revisional** e a **exoneratória**, independentemente de onde tramitou a ação de alimentos, seguem o critério da competência do domicílio do alimentando. Não existe nem **conexão** nem **continência** a impor o deslocamento do juízo. Em sede de **cumprimento de sentença ou decisão de alimentos**, o credor pode optar pelo juízo

de seu domicílio (CPC 528 § 9.º), ou pelo que decidiu a causa (CPC 516 II).

Depois da propositura da ação, a **alteração do domicílio** do credor não desloca a competência. No entanto, o princípio da *perpetuatio jurisdicionis* (CPC 43) vem sendo mitigada a favor do alimentando. Ainda que haja cumulação de ações, prevalece o **foro privilegiado** do alimentando. Quando se trata de **ação de investigação de paternidade** cumulada com alimentos, o tema encontra-se sumulado pelo STJ.[160] Assim, também nas demandas de divórcio, anulação de casamento e dissolução de união estável. Havendo pleito alimentar, fixa-se a competência da sede do juízo de quem pede alimentos.

Quando os alimentos foram fixados a título de medida protetiva no âmbito da **Lei Maria da Penha**, mesmo que sejam a favor dos filhos, a competência para a execução é do **Juizado da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher** (LMP 14).[161] No entanto, quando a medida foi deferida pelo juízo criminal, por ausência de juizado especializado, a execução deve ocorrer na **Vara de Família** (LMP 33).

Intentada ação de alimentos contra a **sucessão**, não prevalece a regra de competência do juízo do inventário (CPC 48). Essa é a única forma de assegurar a sobrevivência do herdeiro no decorrer do processo até ultimada a partilha.

28.26. Ônus da prova

Nas demandas alimentárias cabe a inversão dos **encargos probatórios**, atentando à **distribuição dinâmica dos ônus da prova** (CPC 373 § 1.º).

Ao **autor** cabe tão só comprovar a **obrigação** do réu de lhe prestar alimentos. É o que diz a lei (LA 2.º): *o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor*. Não há como impor ao alimentando a **prova dos ganhos do réu**, pessoa com quem não vive, muitas vezes, nem convive, o que torna quase impossível o acesso às informações sobre seus rendimentos. É do alimentante o encargo de **provar seus rendimentos**, eis não dispor o credor de acesso a tais dados, porquanto gozam de sigilo e integram o direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da vida privada (CF 5.º X).[162]

O autor, caso ainda não tenha atingido a maioridade civil, não necessita sequer provar suas **necessidades**, que são **presumidas**, ainda que seja recomendável declinar suas necessidades. Transfere-se ao **réu** o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, ou seja, de que ele eventualmente não necessita do quanto alega.[163] Omitindo-se em trazer tais informações, desatende o réu ao dever de colaborar com a justiça, sujeitando-se a uma eventual devassa em sua vida econômico-financeira.

Quando se trata de obrigação alimentar entre **cônjuges** ou **companheiros**, cabe ao credor o ônus de provar suas necessidades, ou seja, que não tem condições de prover à própria subsistência.

28.27. Definitivos e provisórios

A distinção entre alimentos definitivos e provisórios está ligada muito mais ao momento de sua fixação do que à origem da obrigação.

Os alimentos **provisórios**, previstos no Código Civil e na Lei de Alimentos, têm natureza material. Trata-se de **tutela antecipada** de **caráter satisfativo**.[164] Para sua concessão é exigida prova pré-constituída da obrigação (LA 4.º). São estabelecidos liminarmente na

ação de alimentos, nem precisam ser pedidos. Podem ser deferidos tanto na ação de alimentos quanto nas revisionais ou exoneratórias. Como a demanda de alimentos pode ser cumulada a ações outras - nulidade e anulação de casamento, divórcio, separação de corpos, reconhecimento de união estável e investigação de paternidade -, também nestas cabe fixação liminar ou incidental de alimentos provisórios.

Ainda que chamados de provisórios, a determinação liminar, na ação de alimentos, de entrega parte da renda líquida dos bens comuns (LA 4.º parágrafo único), não são alimentos e nem são provisórios. Nada mais configuram do que a imposição da divisão dos frutos do patrimônio comum que encontra-se na posse de somente um dos titulares.

Quando determinada **medida cautelar** de afastamento de um dos genitores ou responsáveis da morada comum, o juiz, de ofício, deve fixar **alimentos provisórios**, a favor dos filhos dependentes do agressor (ECA 130 parágrafo único).

Os alimentos **provisórios** são uma espécie de tutela cautelar. Podem ser requeridos como medida preparatória à propositura da ação de divórcio, anulação de casamento, reconhecimento de união estável e investigatória de paternidade.

A **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06) autoriza o deferimento de alimentos provisórios a título de **medida protetiva de urgência** (LMP 22 V). Diante de um episódio de violência doméstica e familiar contra a mulher, procedido ao registro da ocorrência perante a autoridade policial, havendo a solicitação de medida protetiva, o expediente é encaminhado ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no prazo de 48 horas (LMP 12 III). Em igual prazo o magistrado deve decidir (LMP 18).

Como sempre houve dificuldade em diferenciar alimentos provisórios e provisionais, o Código de Processo Civil deixou de prevê-

los. Afinal, quando se busca, em juízo, alimentos que não foram atendidos espontaneamente, em face da natureza urgente do direito, não importa a que título são fixados. Basta o pedido de alimentos provisórios, com a possibilidade de concessão em caráter temporário para garantir a subsistência do credor durante a tramitação do processo. São devidos desde logo e, imediatamente, devem ser pagos.

Quer tenham sido fixados liminarmente ou não, os alimentos tornam-se **definitivos** a partir do trânsito em julgado da sentença que os fixa. Ainda que tenham o nome de definitivos, definitivos não são, pois a qualquer tempo podem ser revisados. O valor encoberto pela coisa julgada dispõe de efeito retroativo à data da citação (LA 13 § 2.º), quando foram estipulados em montante superior à verba fixada em sede liminar. Estipulados definitivamente em montante menor, não existe essa retroação em face do princípio da irrepetibilidade da obrigação alimentar.

28.28. Termo inicial

Os **alimentos provisórios** devem ser pagos desde o momento em que o juiz os fixa.[165] Antiga súmula do STF[166] estabelece o termo inicial na data da decisão deferitória. Apesar de fazer referência ao desquite, nem por isso é de se tê-la por revogada. A própria Lei de Alimentos (4º) determina que, ao **despachar a inicial**, o juiz fixe **desde logo** alimentos provisórios. No entanto é unânime o entendimento de que os alimentos provisórios se tornam exigíveis somente a partir da **citação** do devedor, invocando equivocadamente o § 2.º do art. 13 da Lei de Alimentos. O fato é que não há como sujeitar o pagamento ao ato citatório. Mantendo o devedor vínculo empregatício, ao fixar os alimentos, o juiz oficia ao empregador para que ele dê início ao desconto da pensão na folha de pagamento do alimentante. Os descontos passam a acontecer mesmo antes da citação do réu. Não dispondo o devedor de vínculo laboral, não há como lhe conceder distinto prazo e admitir que comece a pagar os

alimentos somente após ser citado. Descabido tratamento discriminatório: além de deixar o credor desassistido, estar-se-ia incentivando o devedor a esquivar-se da citação e se esconder do oficial de justiça.

Em face do advento dos alimentos gravídicos, melhor atende ao interesse da credora que a obrigação alimentar do pai seja fosse estabelecida desde a **concepção**. Desse modo, os alimentos buscados a qualquer tempo teriam **efeito retroativo**, para antes, inclusive, da propositura da ação. Essa tese, às claras, enfrenta toda sorte de resistência, pois a tendência é considerar a **irretroatividade** e a **futuridade** dos alimentos. Ou seja, que não podem ser requeridos para o passado, sob o argumento de que o direito não foi exercido porque a pessoa deles não necessitava.[167]

Os alimentos provisórios são devidos durante o curso da demanda. Alterado o valor na sentença ou no julgamento do recurso - para mais ou para menos -, o novo montante passa a vigorar para as prestações futuras. A modificação incidental do valor dos alimentos tem efeito *ex nunc*, ou seja, a partir da data da alteração. Limitou-se a lei processual a repetir que dispõe do **duplo efeito** o recurso da decisão que **condena** à prestação alimentícia (CPC 1.012 II), deixando de incorporar o entendimento de que toda e qualquer decisão sobre alimentos - quer os majorando, quer os reduzindo - tem eficácia imediata. Também ocorrendo a exoneração do encargo, o recurso tem o só efeito devolutivo.[168]

Somente dispõe de **eficácia retroativa** os **alimentos definitivos**, e isso a depender se houve aumento ou diminuição de valores. O tratamento diferenciado decorre do **princípio da irrepetibilidade** do encargo alimentar. Assim, fixados os alimentos provisórios, devem eles ser pagos. Havendo **redução**, em qualquer momento, passa a vigorar o novo montante. A decisão tem eficácia *ex nunc*, ou seja, vale com relação às parcelas futuras. As prestações vencidas, ainda

que impagas, continuam devidas pelo valor provisório. Mas não cabe a cobrança pelo rito da prisão.

Somente quando fixados alimentos definitivos em **valor maior** do que a verba provisória é que se pode falar em **efeito retroativo**. O devedor terá de proceder ao pagamento das diferenças desde a data da citação. Há que atentar a um detalhe: como os alimentos provisórios vigem desde a data da fixação, e os definitivos retroagem à data da citação, havendo majoração do valor dos alimentos, a diferença alcança somente as parcelas vencidas a partir da citação. As prestações vencidas entre a fixação provisória e a citação permanecem devidas pelo valor fixado em sede liminar.

A retroatividade da obrigação alimentar não decorre somente da sentença. Feito **acordo**, o valor acertado dispõe do mesmo efeito. Nada tendo sido definido na audiência, possível é a execução dos alimentos acordados, segundo as mesmas regras dos alimentos estipulados na sentença.

O termo inicial da obrigação alimentar decorrente do **poder familiar** deve ser a **concepção** do filho: *a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro* (CC 2.º). Principalmente quando o pai procede ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres parentais, entre os quais o de assegurar-lhe sustento e educação. Assim, nada justifica livrá-lo do encargo alimentar quando não atende ao encargo *in natura*, atendendo a todas as necessidades da mãe desde a gestação.

O genitor que deixa de conviver com o filho tem o dever alcançar-lhe alimentos de imediato: espontânea e antecipadamente, mediante pagamento, de forma documentada, ou por meio de **ação de oferta de alimentos**.

Como os valores se destinam a garantir subsistência, precisam ser pagos **antecipadamente**. Proposta a ação pelo filho, deve ele indicar as circunstâncias em que acabou o convívio, declarando

quando o pai deixou de cumprir o dever de sustento e não começou a pagar alimentos. É do devedor o encargo de demonstrar que continuou exercendo os deveres inerentes ao poder familiar. A **mora** se constituiu quando deixa o genitor de prover à manutenção do filho. Esse é o **marco inicial** da obrigação alimentar. Descabido limitar o seu adimplemento à data da propositura da ação, da fixação dos alimentos ou da citação do réu. Tratando-se de obrigação decorrente do poder familiar, é inequívoca a ciência do réu do direito reclamado pelo autor. Não há por que reconhecer que o devedor está em mora somente a partir do ato citatório (CPC 240). Assim, proposta a ação, além da prova do parentesco, necessário que o autor decline o momento em que o réu incorreu em mora, deixando de adimplir a obrigação. Na sentença, o juiz deve fixar o termo inicial do encargo alimentar **aquém da data da citação** e antes mesmo da data da propositura da ação. O *dies a quo* será o momento em que houve a cessação do adimplemento do dever de sustento decorrente do poder familiar. No entanto, emprestar eficácia retroativa aos efeitos da sentença, infelizmente, ainda não é admitida pela doutrina nem há antecedentes jurisprudenciais.

Enquanto os pais mantêm vida em comum, os deveres decorrentes do poder familiar constituem **obrigação de fazer**. Cessado o vínculo de convívio dos genitores, não se modificam os direitos e deveres com relação à prole (CC 1.579 e 1.632). Restando a guarda com um dos genitores, a obrigação do outro se resolve em **obrigação de dar**, mediante o pagamento de pensão alimentícia.

28.29. Base de incidência

Ainda que utilizadas de modo indistinto, as expressões salário, rendimentos, remuneração e proventos têm sentidos precisos. **Vencimento** é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício de cargo público. **Remuneração** é o vencimento do cargo efetivo e mais as vantagens pecuniárias concedidas de forma permanente. Em sentido genérico, vencimento abrange tudo quanto vem a integrar a

remuneração, isto é, adicionais, gratificações e outras vantagens.[169] Já **proventos** significa rendimentos da aposentadoria.

Salário ou **estipêndio** é como se denominam os **rendimentos** percebidos pelo empregado que trabalha na iniciativa privada. **Pró-labore** são os ganhos aferidos pelos sócios de pessoa jurídica.

Os alimentos são calculados sobre a **remuneração** ou os rendimentos brutos, excluídos apenas a contribuição previdenciária, o imposto de renda retido na fonte e as parcelas de natureza indenizatória, como auxílios alimentação e transporte, FGTS e multa rescisória.

Já decidiu o STJ, pelo rito do recurso repetitivo, que a pensão alimentícia incide sobre o **terço constitucional de férias** e o **décimo terceiro**.[170] No entanto, é feita odiosa distinção: tais acréscimos ocorrem somente quando os alimentos são estabelecidos em percentual sobre salário, rendimento ou provento. Quando é estabelecido em valor fixo, não deve ser levado em consideração nenhuma outra base de cálculo, ainda que o devedor perceba tais acréscimos.[171]

As **horas extras**, ainda que não tenham caráter salarial, é verba de natureza remuneratória.[172] Também incide a verba alimentar sobre adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional por conta de feriados trabalhados, PIS/PASEP, conversão de férias em pecúnia e indenizações trabalhistas que digam com diferenças salariais. Tais gratificações integram, para todos os efeitos, o conceito de remuneração. Nesse sentido enunciado do IBDFAM.[173]

Prêmios e **participações nos lucros** e qualquer gratificação em razão da produtividade laboral, ainda que sejam parcelas desvinculadas do conceito de remuneração, configuram rendimento, devendo integrar o cálculo dos alimentos.[174]

Ajuda de custo, **despesas de viagem**, **auxílio-moradia** e de **transferência** não compõem a base de cálculo dos alimentos. Não possuem natureza remuneratória, mas sim indenizatória. Igualmente, resta excluído o valor recebido a título de **aviso prévio**.

No que tange ao **FGTS** e às **verbas rescisórias**, como possuem natureza indenizatória, sobre eles não incidem os alimentos.[175] Da mesma natureza é reconhecida a verba recebida a título de **demissão voluntária** (PDV). Contudo, não pela natureza do crédito, mas para assegurar a continuidade do pagamento da pensão, o percentual fixado a título de alimentos sobre tais quantias deve ficar retido. Com isso afasta-se o risco de o alimentante, diante do eventual desemprego, deixar o alimentado sem auxílio financeiro até se estabilizar novamente. Não se trata de incidência de alimentos sobre as referidas verbas, mas mera **garantia de adimplemento** dos alimentos **futuros**. O valor fica à disposição do juízo, sendo autorizado, mensalmente, o levantamento do valor dos alimentos. Inconcebível que, subitamente, em razão do desemprego do genitor, deixe o filho de receber a pensão alimentícia. Assim, até o exaurimento do montante retido, terá segurança de subsistência. De outro lado, passando o alimentante a alcançar os alimentos por meio de outra fonte pagadora, eventual saldo das quantias retidas deve ser-lhe devolvido.

Ainda que a lei afirme que as contas do FGTS são absolutamente **impenhoráveis** especificando as hipóteses de seu levantamento, os tribunais admitem a penhora e o levantamento do numerário em se tratando de dívida alimentar.[176]

28.29.1. Imposto de renda

No que diz com os ônus tributários em razão do encargo alimentar, é manifesta a desigualdade entre quem paga os alimentos e quem resta com a guarda do filho.[177] O alimentante pode deduzir

de seus rendimentos a integralidade dos alimentos fixados por decisão ou acordo judicial. No entanto o credor fica sujeito à tributação. Mensalmente deve recolher o chamado carnê-leão que, a depender do valor, pode atingir o percentual de 27,5%, o que causa sensível fissura n apertado orçamento doméstico do credor de alimentos.[178] E tem mais. aquele que detém a guarda, para usufruir da dedução do imposto por dependente, tem de somar o valor dos alimentos percebido pelos filhos aos seus rendimentos.[179]

Qualquer das formas de declarar a pensão recebida: em separado ou em conjunto com o responsável legal são prejudiciais tanto à criança quanto àquele que detém sua guarda, o que viola o princípio da proteção integral e a própria Convença sobre os Direitos da Criança.[180]

Ou seja, crianças e adolescentes são contribuintes do imposto de renda, ainda que recebam alimentos e não renda!

Como afirma Rolf Madaleno, equivocada a política fiscal, com consequências nefastas e indesejáveis, que tributa o mínimo familiar e atenta contra o princípio da proteção constitucional da família.[181] O imposto não é pago por quem percebe a **renda**, mas por quem recebe **alimentos**. Isto é, quem teve o aumento de patrimônio está isento de tributação sobre o valor pago. Quem recebe os alimentos, *quantum* que se destina a garantir sua subsistência, precisa pagar imposto de renda.

A única forma de corrigir esta distorção é acrescentar ao valor dos alimentos o percentual correspondente a tributação.

Há outra anomalia que, mais uma vez, vem em prejuízo do credor de alimentos. Como o encargo alimentar é calculado após a dedução do imposto de renda, quando ocorre a **restituição de imposto de renda**, sobre o valor restituído devem incidir os alimentos. Houve

apenas retenção antecipada de um tributo em montante ainda indefinido. Como sobre o valor descontado a título de imposto de renda não ocorreu o desconto dos alimentos, havendo devolução, o que retorna é salário, sobre o qual deve incidir a verba alimentar.[182] Somente quando os alimentos são calculados sobre a **remuneração bruta** não há falar em incidência dos alimentos sobre valores eventualmente restituídos.

28.30. Litisconsórcio

Quando o parente em grau mais próximo não tem condições de atender integralmente ao encargo alimentar, recai a obrigação sobre os ancestrais de grau imediato (CC 1.696). Portanto, há um leque de obrigados que podem ser convocados. Como o credor tem a faculdade de acionar um ou mais de um obrigado, se está frente a um litisconsórcio **facultativo**. Mesmo na hipótese em que o litisconsórcio venha a se formar por iniciativa do réu, como faculta a lei ao admitir o chamamento a integrar a lide (CC 1.698), o litisconsórcio não é obrigatório. Tanto é assim que a lei usa a locução "poderão ser chamadas", o que evidencia facultatividade. Apesar de o STJ já ter reconhecido o litisconsórcio como **obrigatório**,[183] divergem os tribunais a respeito. Enquanto a justiça mineira segue a orientação superior,[184] a gaúcha não impõe o chamamento dos avós de ambas as linhagens.[185]

Diante da regra da **solidariedade** instalada em sede de alimentos pelo **Estatuto do Idoso**, o credor pode acionar qualquer dos obrigados ou mais de um deles. Pode, por exemplo, dirigir a ação contra o cônjuge, o filho e até contra os irmãos. Como também há a obrigação estatal em favor de idosos, crianças e adolescentes, possível já figurar na ação o Estado, em caráter **subsidiário**. Assim, comprovado que nenhum parente tem condições de alcançar os

alimentos, a Fazenda Pública será condenada a atender ao pagamento.

Ao figurar como réu mais de uma pessoa, forma-se um **litisconsórcio passivo**. Já que existe uma ordem de preferência entre os obrigados, o litisconsórcio que se instala é **sucessivo**, de caráter **alternativo eventual**. Acionados o pai e os avós, caso o genitor não tenha recursos suficientes para atender sozinho ao encargo, é reconhecida a obrigação complementar dos avós. Neste caso se está frente a um **litisconsórcio sucessivo**. Ambos os pedidos são acolhidos. O pai é condenado a pagar parte dos alimentos e os avós, a completar o valor. Quando é imposta exclusivamente a obrigação aos avós, por o pai não ter condições de pagar, trata-se de **litisconsórcio eventual**.

Também em face da ordem de prioridades, e do princípio da proporcionalidade, intentada a ação contra mais de um obrigado, podem ser fixados encargos em valores diferenciados, a depender dos recursos de cada um. Abrem-se várias possibilidades. Movida a ação conjuntamente contra o genitor e os avós, o litisconsórcio é **alternativo de caráter eventual**. Comprovada a impossibilidade absoluta ou a possibilidade limitada de o genitor alcançar alimentos ao filho, cabe ser reconhecida a **responsabilidade subsidiária** dos avós. Fixada a obrigação alimentar do pai, sendo o valor insuficiente para prover ao sustento do filho, a sentença pode condenar o avô a pagar alimentos complementares, definindo o valor do encargo de cada um dos obrigados. Tal procedimento atende ao princípio da economia processual e empresta a agilidade que o crédito alimentar exige.

Quando os alimentos são fixados *intuitu familiae*, o crédito alimentar é de todos. Assim, na ação de redução ou de exoneração do encargo, com relação a um dos credores, é necessária a citação de todos os beneficiados para a ação, formando-se um **litisconsórcio passivo necessário**.

Nas hipóteses de **adoção**, bem como no confronto entre filiação biológica e socioafetiva, possível o reconhecimento de **obrigação concorrente**, desde que a **pluriparentalidade** passou a ser reconhecida. Se alguém tem mais de dois pais, todos são responsáveis pelo dever de sustento.

28.31. Chamamento a integrar a lide

Proposta a ação contra um obrigado, autoriza a lei que os demais coobrigados sejam chamados a integrar a lide (CC 1.698). Como diz Francisco Cahali, não foi feliz o legislador. Aliás, desastrosa a inovação.[186] Trata-se de possibilidade de **intervenção de terceiro** que não corresponde a qualquer dos institutos consagrados no estatuto processual. Além de não identificada a modalidade intervencional, não são estabelecidos os requisitos, a forma e os efeitos de dita convocação. Essas omissões têm levado a doutrina a questionar se foi estabelecida pela lei a **solidariedade** entre os obrigados a prestar alimentos. Se solidariedade há, a forma de intervenção seria o **chamamento ao processo** (CPC 130). No entanto, a jurisprudência nunca reconheceu o encargo de alimentos como solidário, mas como obrigação sucessiva e complementar, condicionada à capacidade de cada coobrigado. Com o advento do **Estatuto do Idoso**, que, modo expresso, consagra a solidariedade da obrigação alimentar (EI 12), é chegada a hora de repensar tudo que vem sendo dito e escrito sobre o tema. Ainda que o idoso possa eleger qualquer obrigado, não cabe o chamamento ao processo.

Olvidou-se o legislador de que a ação de alimentos dispõe de procedimento especial, buscando emprestar maior celeridade à busca de alimentos. A possibilidade de serem citados outros obrigados só vem a retardar o deslinde da ação, que dispõe de rito sumário. De qualquer forma, por expressa previsão legal, acionado somente um dos parentes, é possível o chamamento dos demais a integrar a lide. Enunciado das Jornadas de Direito Civil reconhece a

legitimidade do **Ministério Público** para proceder ao chamamento.[187] Contudo, quem pretende chamar outros ao processo precisa comprovar a possibilidade de eles atenderem ao encargo e a sua omissão em prestar qualquer auxílio ao alimentado.

Como é estabelecida **ordem de prioridade** entre os obrigados, a faculdade de um chamar outro para a demanda só existe entre os parentes de **mesmo grau**, descabendo a convocação dos devedores subsidiários em grau subsequente. Para Pedro Lino de Carvalho Jr., a solidariedade jurídica existe no âmbito de cada grau de parentesco.[188] Desse modo, promovida a ação de alimentos pelo filho contra o pai, este não pode chamar à lide a mãe do autor. Já decidiu o STJ que, se a ação é intentada por filhos maiores, contra um dos dois genitores, este pode chamar à lide o outro.[189]

Proposta a ação pelo filho contra o pai, este não pode convocar à ação o seu pai, ou seja, o avô do alimentado.[190] Acionado o avô, este não pode querer trazer à demanda outros netos, irmãos do credor de alimentos. No máximo, pode pretender que venham integrar a ação os avós de outra linhagem. Para ficar com o exemplo mais recorrente: proposta a ação pelo neto contra o avô paterno, este pode chamar à demanda os avós maternos. No entanto, necessário que comprove que eles têm possibilidade de atender aos alimentos, bem como que não estão a auxiliar o neto.

Da mesma forma, intentada a ação contra um irmão, este pode pretender dividir o encargo com outros irmãos, parentes do mesmo grau, ou com os de grau mais próximo do credor. Contudo, o réu originário - que chamou outrem ao processo - continua sendo parte na ação, instalando-se um **litisconsórcio passivo sucessivo**.

28.32. Oferta de alimentos

Alimentos: se são direitos de uns, são obrigação de outros. Assim, não só o credor pode buscar o adimplemento. Também o alimentante pode - ou melhor, deve - antecipar-se e propor ação de oferta de alimentos (LA 24).

A iniciativa não é usual. No mais das vezes ocorre quando o devedor, ou por ter ganhos expressivos, ou por ostentar condição de vida privilegiada, teme que lhe seja imposto um encargo excessivo na ação que o filho intentar.

Ainda que o alimentante indique o valor que se dispõe a pagar, é necessário que comprove seus ganhos. Isso porque a fixação é feita pelo juiz segundo o critério da proporcionalidade, não estando adstrito ao valor oferecido pelo autor. Sem transpor os limites da demanda, pode estabelecer valor acima do que foi oferecido.[191] Há a possibilidade de fixação do *quantum* em valor superior ao ofertado, sem tornar a decisão *infra* ou *ultra petita*.[192]

Na ação de oferta de alimentos, indispensável que o autor, quando do ingresso da ação, **deposite em juízo** o valor oferecido, pois se trata de obrigação já devida. Só estará liberado de tal depósito se comprovar que vem atendendo ao dever de sustento. Esta é a postura correta. No momento em que cessa a vida em comum, os alimentos deixam de ser prestados *in natura*, o que faz surgir a obrigação de proceder ao pagamento *in pecunia*, isto é, em dinheiro. Para continuar com o exemplo mais comum, quando o varão sai de casa, deve imediatamente depositar os alimentos a favor de quem tem ele o dever de prover à subsistência.

A ação deve ser proposta no domicílio do credor, que dispõe de **foro privilegiado** (CPC 53 II).

Como não é uma prerrogativa exclusiva da gestante, pode o genitor propor ação de **oferta de alimentos gravídicos**.

28.33. Extinção da obrigação alimentar

Sérgio Porto faz distinção, em regra não feita pela doutrina, entre **cessação** e **extinção** da obrigação alimentar. Afirma que representam ideias diversas. Quando **cessa** o encargo, permanece o dever de prestar alimentos. É a hipótese em que a alteração de riqueza do obrigado torna inexigíveis os alimentos enquanto perdurar a impossibilidade de pagar. Já a **extinção** atinge direta e fatalmente a relação jurídica de direito material. Tal ocorre, por exemplo, quando de novo casamento do credor ou no caso de sua morte.

A **maioridade** do filho não leva à extinção automática do encargo alimentar. É necessário que o alimentante requeira judicialmente a exoneração.[193] De todo precipitado deferir a cessação liminar do encargo, pois aos 18 anos, dificilmente o credor terá condições de prover a própria subsistência.[194] No entanto, decorrido prazo razoável da provável conclusão do curso superior, cabível a concessão de tutela antecipada. [195]

Entre **cônjuges e companheiros** o encargo alimentar perdura até que ocorra a alteração de algum dos vértices do binômio obrigacional: ou a cessação da necessidade do credor ou a possibilidade do devedor. O casamento, a união estável ou o concubinato do credor de alimentos **extingue** o dever de prestar alimentos (CC 1.708). Como no casamento e na união estável estão presentes os deveres de mútua assistência, a constituição de **novo vínculo** afetivo desonera o devedor de alimentos, presumindo-se o fim da necessidade do credor.[196]

Quando se tratam de alimentos alcançados pelos pais em favor de filhos, esse dispositivo não pode ser tomado com muito rigorismo.

Muitas vezes os filhos casam exatamente por contarem com o auxílio dos pais. Isso é muito comum no caso de gravidez inesperada. Os jovens ficam residindo na casa de um dos pais, sem terem as mínimas condições de prover à própria subsistência, que dirá meios de sustentar o filho que vai nascer. Nessa hipótese não cabe extinguir a pensão alimentícia em razão do casamento. Comprovado que o filho não tem condições de atender ao dever de assistência para com o cônjuge, não há como livrar o genitor de continuar arcando com a obrigação alimentar.

Difícil identificar a intenção do legislador ao prever que o **concubinato** do credor leva à desoneração dos alimentos. A própria lei (CC 1.727) veda efeitos ao concubinato. A jurisprudência é consistente em negar o dever de mútua assistência entre os concubinos. Sendo o concubinato uma relação que - segundo a jurisprudência dominante - não configura entidade familiar, não existe obrigação alimentar entre seus integrantes. Assim, fazer cessar os alimentos pelo fato de o credor manter relação concubinária pode originar situações de extrema injustiça.[197] No mínimo, há a necessidade de ser demonstrado que o concubino presta assistência material ao credor dos alimentos. Reconhecer a extinção do crédito alimentar tem nítido caráter punitivo e afronta a liberdade sexual do alimentando. O exercício da liberdade afetiva do credor não pode ser considerado postura indigna, a dar ensejo à exoneração da obrigação alimentar, mormente considerando que, com o término do casamento, não mais persiste o dever de fidelidade.

De qualquer modo, em nenhuma dessas hipóteses dispõe o devedor do direito de interromper o pagamento dos alimentos. Não pode simplesmente deixar de pagar. A concessão de **tutela antecipada** depende da prova não só do casamento ou da constituição da união estável, mas da inexistência da necessidade do credor dos alimentos que casou, constituiu união estável ou arranjou um amante.

Em mais um dispositivo busca o legislador punir o credor dos alimentos: o **procedimento indigno** para com quem lhe presta alimentos faz cessar o direito (CC 1.708 parágrafo único). O conceito de indignidade deve ser buscado nas causas que dão ensejo ou à **revogação da doação** (CC 557) ou à declaração de **indignidade** do herdeiro para afastar o direito à herança (CC 1.814). A postura indigna tanto impede a concessão dos alimentos como serve de justificativa para pleitear a exoneração.

A possibilidade de excluir o encargo alimentar em face do procedimento indigno do credor tem conteúdo **ético** e deveria abranger toda e qualquer obrigação alimentar, inclusive a decorrente do vínculo de filiação e de parentesco. Nada justifica que persista a obrigação alimentar quando, por exemplo, o filho atentou contra a vida do pai. E este, caso tenha descumprido os deveres inerentes ao poder familiar, não pode pleitear alimentos dos filhos

Como também o homem tem direito a alimentos, a **violência doméstica** configura procedimento indigno a impedir que ele pleiteie alimentos da vítima.

O alimentante pode propor ação exoneratória ou requerer a exoneração nos autos em que os alimentos foram fixados, mas é indispensável que seja ouvido o credor.

28.34. Título executivo

A obrigação alimentar pode se constituir **judicialmente**: por decisão interlocutória ou sentença (CPC 528). **Extrajudicialmente** pode ser levada a efeito por escritura pública; por outro documento público assinado pelo devedor; por documento particular firmado pelo devedor e duas testemunhas; ou ainda por instrumento de transação referendado pelo **Ministério Público**, pela **Defensoria Pública**, pela **Advocacia Pública**, pelos **advogados** dos transatores ou por **conciliador** ou **mediador** credenciado pelo tribunal (CPC 784

II a IV). Em quaisquer dessas hipóteses é cabível o uso da via executória pelo rito da expropriação ou pelo da prisão (CPC 528 e 911), não dependendo de homologação judicial.

As **sentenças** e as **decisões interlocutórias** - definitivas ou não - ensejam a fase de **cumprimento**, que dispensa nova ação, nova citação. A execução dos alimentos provisórios e dos fixados em sentença não transitada em julgado, somente podem ser cobrados pela via expropriatória (CPC 528 § 8.º) e se processa em autos apartados (CPC 531 § 1.º).

Os alimentos definitivos ou incontrovertidos, podem ser cobrados sob a ameaça de prisão (CPC 528 § 3.º), e podem ser exigidos nos mesmos autos (CPC 531 § 2.º).

No **divórcio** e na **dissolução da união estável** levados a efeito extrajudicialmente por **pública escritura** (CPC 733), existe a possibilidade de serem fixados alimentos em favor de um dos cônjuges ou filhos maiores. A escritura constitui **título executivo extrajudicial** (CPC 784 II), ensejando a propositura da execução pelo rito da expropriação ou da coação pessoal (CPC 911).

28.35. Liquidez e certeza

O adimplemento da obrigação alimentar se dá através do pagamento de parcelas que se estendem no tempo. As prestações necessariamente estão sujeitas a atualizações (CC 1.710). Apesar da vedação constitucional do uso do **salário mínimo** para qualquer fim (CF 7.º IV), em se tratando de alimentos, cabível sua utilização (CPC 533 § 4.º). Ocorrendo mora, o devedor deve pagar o valor do salário que vigorava na data do vencimento da obrigação acrescido de **juros e correção monetária**, e não o valor do salário mínimo na data do pagamento.

Percebendo o devedor **salário ou remuneração** decorrente de vínculo laboral ou exercício de função pública, para melhor atender ao critério da proporcionalidade, os alimentos devem ser fixados em **percentagem** de seus ganhos. Em qualquer dessas hipóteses a quantificação do débito acaba sendo feita pela comprovação do último pagamento feito. Diante de uma situação de desemprego, a tendência do devedor é parar de pagar os alimentos, ou fazer incidir a mesma percentagem sobre o valor de um salário mínimo. A alegação é de ausência de liquidez e certeza da dívida por não estar consubstanciada em título executivo. Essa linha de defesa, utilizada muitas vezes por meio de exceção de pré-executividade, não pode vingar.

A **cessação do vínculo empregatício** não libera o devedor do dever de pagar e nem torna ilíquida a obrigação. Cristaliza-se o *quantum* alimentar no montante do último pagamento feito. Não cabe sustentar que restou o valor dos alimentos sem referencial para ser calculado. Os alimentos são fixados em valor monetário e sua atualização é feita pelos índices de reajuste dos rendimentos do devedor. O só fato de desaparecer o fator de correção não subtrai a liquidez da obrigação alimentar, que se quantifica no valor em dinheiro que vinha sendo depositado.[198]

Quando da fixação dos alimentos, descabido estipular o valor dos alimentos para o caso de eventual desemprego.[199] A mudança na situação econômica do alimentante, pode servir de motivo para ele buscar redução, mas nunca para exonerá-lo do encargo.[200]

28.36. Execução

Ainda que exista um punhado de pessoas com responsabilidade alimentar - cônjuges, companheiros, pais, avós, parentes -, é necessário formalizar amigavelmente ou buscar, em juízo, o reconhecimento da obrigação alimentar de cada um deles. Estabelecido o

pensionamento, omitindo-se o devedor em proceder espontaneamente o pagamento, cabe ao credor executá-lo. Não há como **executar** a dívida perante outro obrigado que não o devedor. Assim, deixando o pai de pagar os alimentos, não há como promover a cobrança contra o avô paterno. Fatalmente a execução será extinta por **ilegitimidade passiva** (CPC 485 VI).

A ação de alimentos deve seguir o rito da Lei de Alimentos (CPC 693 parágrafo único), mas sua execução está prevista na **lei processual**, que expressamente revogou os arts.16 a 18 da Lei de Alimentos que tratam da execução (CPC 1.072 V). Fixados os alimentos em **sentença** ou em **decisão interlocutória**, sua cobrança segue o rito do **cumprimento de sentença** (CPC 528 a 533). A obrigação estabelecida em **título executivo extrajudicial** (CPC 784 II a IV) dispõe de capítulo próprio (CPC 911 a 913).

Dispondo o credor de um título executivo - quer judicial, quer extrajudicial - pode buscar a execução pelo rito da prisão (CPC 528 § 3.º e 911) ou da expropriação (CPC 528 § 8.º), bem como buscar o desconto na folha de pagamento do devedor (CPC 529 e 912). A eleição do meio executório é prerrogativa do credor, não podendo o devedor pretender a transformação de um procedimento em outro.

A execução de alimentos mediante **coação pessoal** (CPC 528 § 3.º e 911 parágrafo único) é uma das duas únicas hipóteses em que a Constituição Federal admite **prisão por dívida** (CF 5.º LXVII). A ilicitude da possibilidade de prisão do depositário infiel está sumulada, tanto pelo STF[201] como pelo STJ.[202]

Pela nova sistemática é possível buscar a cobrança de alimentos por meio de quatro procedimentos:

a) De título executivo extrajudicial, mediante ação judicial visando a cobrança pelo rito da prisão (CPC 911);

b) De título executivo extrajudicial, pelo rito da expropriação (CPC 913);

c) Cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança de alimentos pelo rito da prisão (CPC 528);

d) Cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança dos alimentos pelo rito da expropriação (CPC 530).

A eleição da modalidade de cobrança depende tanto da **sede** em que os alimentos estão estabelecidos (título judicial ou extrajudicial) como do **período** que está sendo cobrado (se superior ou inferior a três meses).

Não há como restringir o uso da via executiva pelo rito da prisão aos alimentos estabelecidos em título executivo extrajudicial e aos fixados em sentença definitiva ou em decisão interlocutória irrecorrível. De todo equivocada a tentativa de restringir a cobrança de alimentos sujeitos a recurso à via expropriatória (CPC 528 § 8.º).

O cumprimento da sentença definitiva ou de acordo judicial deve ser promovido nos **autos** da ação de alimentos (CPC 531 § 2.º). A execução dos alimentos provisórios e da sentença sujeita a recurso, se processa em **autos apartados** (CPC 531 § 1.º). Já para executar acordo extrajudicial é necessário o uso do processo executório autônomo (CPC 911).

A lei dá preferência ao **pagamento feito por terceiro**: retenção diretamente de rendimentos ou da remuneração do executado, mediante **desconto em folha**. Tal gera a obrigação do empregador ou do ente público, para quem o alimentante trabalha, de proceder ao desconto, a partir da primeira remuneração do executado, percebida depois de protocolado o ofício do juiz, sob pena de **crime de desobediência** (CPC 912 § 1.º), além de poder ser demandado por **perdas e danos**.

Ainda que tenha o demandado **bens** para garantir a execução, é possível o pagamento mediante desconto em folha (CPC 529). Não se trata de modalidade mais gravosa ao devedor (CPC 805) e atende, com vantagem, à necessidade do alimentado, não se justificando que aguarde a alienação de bens em hasta pública para receber o crédito.

Além das parcelas mensais pode ser abatido dos ganhos do alimentante, o **débito executado**, de forma parcelada, contanto que não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos (CPC 529 § 3.º). Apesar de o **salário** ser **impenhorável** (CPC 833 IV), a restrição não existe em se tratando de dívida alimentar (CPC 833 § 2.º).[203]

Mesmo não convencionada no acordo, ou determinada judicialmente essa modalidade de pagamento, mediante a alegação de **impontualidade**, pode o credor solicitar ao juiz que oficie ao responsável pelo pagamento do salário do devedor, solicitando o desconto. Para essa providência, não é necessária a propositura de ação para alterar a forma de pagamento. Não se trata de modificação, mas de simples busca de cumprimento da obrigação alimentar. O pedido pode ser feito na demanda em que foi estipulada a obrigação de alimentos, quer se trate de alimentos provisórios e a ação esteja em andamento, quer os alimentos sejam definitivos e a demanda esteja ultimada. Mesmo que os autos já se encontrem arquivados, basta simples requerimento ao juízo.

Buscado o cumprimento da sentença ou de decisão interlocutória, se o devedor não pagar e nem justificar o inadimplemento, cabe ao juiz, de ofício, determinar o **protesto** do procedimento judicial (CPC 528 § 1.º). A falta de expressa remissão a tal providência, não impede o protesto quando da execução de alimentos estabelecidos em título executivo extrajudicial (CPC 911 parágrafo único).

Em qualquer hipótese o credor pode obter **certidão** comprobatória da dívida alimentar para **averbar** no registro de imóveis,

no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade (CPC 828). Também é possível ser a dívida inscrita nos **serviços de proteção ao crédito**, como **SPC** e **SERASA**. Mesmo antes da vigência do novo CPC, o STJ já decidia neste sentido.Flagrada **conduta procrastinatória** do executado, havendo indícios da prática do crime de **abandono material**, cabe ao juiz dar ciência ao Ministério Público (CPC 532).

É consabida a resistência do devedor em se deixar citar quando da cobrança da dívida alimentar. Assim, é de se admitir a possibilidade de se proceder à **interceptação telefônica** do devedor para conseguir localizá-lo. A medida é drástica, mas, além de cabível, é necessária. Ainda que a Constituição Federal consagre a inviolabilidade do **sigilo das comunicações** telefônicas, salvo, no último caso, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF 5.º XII e L 9.296/96), esta é uma das hipóteses em que se justifica a medida. Nem é imprescindível o desencadeamento da ação penal pela prática do delito de abandono material (CP 244). Possível tal providência extrema nos próprios autos da execução, como forma de garantir a subsistência do credor. Às claras que há choque de dois princípios constitucionais: o direito à intimidade do devedor e o direito à vida do credor. Não cabem maiores indagações para se identificar qual deve prevalecer.[204]

28.36.1. Cumprimento da sentença

Os alimentos fixados judicialmente - quer por **sentença**, quer em **decisão interlocutória** estabelecendo alimentos provisórios - podem ser exigidos tanto pelo rito da prisão como da expropriação (CPC 528 a 533).

Da forma como está dito, a via executória sob a ameaça de prisão só seria possível no **cumprimento de sentença definitiva** ou de **decisão interlocutória irrecorrível**. Pelo jeito, não se poderia dar outra interpretação à expressão **"desde logo"** constante no § 8.º

do art. 528 do Código de Processo Civil. Ou seja, sentenças e decisões deferindo alimentos provisórios sujeitas a recurso, não permitiriam a busca do adimplemento por esta via. No entanto, é de todo descabido e desarrazoado fazer esta leitura do indigitado dispositivo legal. Quer pela natureza da obrigação que diz com o direito à vida, quer porque a Constituição Federal não faz esta distinção ao admitir o encarceramento do devedor de alimentos (CF 5.º LXVII). Cabe atentar que os alimentos são **irrepetíveis**, tanto que a decisão que reduz ou extingue a obrigação alimentar não dispõe de **efeito retroativo**. Além disso, é assegurada a busca do cumprimento de alimentos provisórios (CPC 531), bem como dos fixados em sentença ainda não transitada em julgado (CPC 531 § 1.º).

Às claras que, **alimentos provisórios**, fixados **liminar ouincidentalmente**, em **decisão interlocutória** sujeita **a recurso**, podem ser cobrados por qualquer das modalidades executórias. Da mesma forma é cabível a execução da sentença recorrível (CPC 531 § 1.º). Como a apelação não dispõe de **efeito suspensivo** (CPC 1.012 II e LA 14) pode haver a busca do pagamento antes de os alimentos se tornarem definitivos, quer pelo rito da prisão, quer pelo da expropriação.

O credor somente pode optar pela cobrança sob pena de **prisão** (CPC 528 § 3.º) quanto às prestações vencidas até **três meses** antes do ajuizamento da execução (CPC 528 § 7.º). Mas basta o inadimplemento de **um mês** para o credor buscar a cobrança. Entendimento contrário seria oneroso ao credor que não precisa passar fome por três meses.[205]

Mesmo com relação às **prestações recentes**, independente do período do débito, o credor pode preferir o **rito expropriatório** (CPC 831 e ss). E este é o único jeito de buscar a cobrança se: não foi aceita a justificativa apresentada o devedor (CPC 528 § 3.º) ou se ele já cumpriu a pena de prisão e não pagou (CPC 530).

A execução dos alimentos **provisórios** e dos estabelecidos em sentença sujeita a **recurso** se processam em autos apartados (CPC 531 § 1.º). A cobrança dos alimentos fixados em **sentença definitiva** deve ser buscada nos mesmos autos (CPC 531 § 2.º).

Para o cumprimento da sentença sob pena de **prisão**, o executado deve ser **intimado pessoalmente** para, no prazo de **três dias**: pagar, provar que já pagou ou justificar a impossibilidade absoluta de efetuar o pagamento (CPC 528).

Mantendo-se omisso, o juiz determina, de ofício, o **protesto** do pronunciamento judicial (CPC 528 § 1.º) e decreta a prisão do devedor pelo prazo de **um a três meses** (CPC 528 § 3.º).

A prisão civil só pode ser decretada diante do inadimplemento de crédito estritamente alimentar. Assim, se o devedor deposita a importância devida a este título, mas não paga, os honorários ou as despesas processuais, não é possível decretar ou manter a prisão.[206] Pago o **principal** e não feito o pagamento dos encargos sucumbenciais, prossegue a execução para a cobrança do encargo moratório pelo rito da expropriação.

Quando se trata de cumprimento da sentença pelo rito da **expropriação,** o executado é **intimado** para pagar em 15 dias, sob pena de incidir **multa** de 10% e **honorários advocatícios** em igual percentual (CPC 523 § 1.º), além de se sujeitar à **penhora** (CPC 831).

A **mora** se constitui ante a inércia do devedor que, depois de intimado, deixa fluir o período de 15 dias sem proceder ao pagamento (CPC 523). Diante da omissão, o valor do débito é acrescido de multa de 10% ao valor da dívida e de honorários de 10% (CPC 523 § 1.º). O **marco inicial** de incidência da multa é a **intimaçãododevedor**, feita na pessoa do **advogado** constituído, por meio de publicação no diário oficial (CPC 513 § 2.º). Quando o devedor for representado pela Defensoria Pública ou não tiver representante nos

autos, deve ser intimado por **carta com aviso de recebimento** (CPC 513 § 2.º II) ou por **edital**, se for revel (CPC 513 § 2.º IV).

Caso a execução seja levada a efeito após **um ano** do trânsito em julgado da sentença, a intimação é feita ao devedor, por meio de **carta com aviso de recebimento** (CPC 513 § 4.º). A carta deve ser encaminhada ao **endereço constante dos autos**. Considera-se realizada a intimação se o devedor tiver mudado de residência sem prévia comunicação ao juízo (CPC 513 § 3.º).

Mantendo-se inerte o devedor, deve ser expedido **mandado de penhora eavaliação**, seguindo-se os atos de **expropriação** (CPC 523 § 3.º e 831). Não há necessidade de o credor pedir e nem de o juiz determinar tais atos, pois devem ser realizados "desde logo".

O devedor pode apresentar **impugnação**, independente da **penhora**, alegando os temas apontados no rol legal (CPC 525 § 1.º).

Penhorado **dinheiro**, mesmo que a impugnação disponha de **efeito suspensivo** é possível mensalmente o **levantamento do valor da prestação** (CPC 528 § 8.º). Como se trata de crédito alimentar, descabe a imposição de **caução** (CPC 521 I).

28.36.2. Execução de título extrajudicial

Não distingue a lei a origem do título que dá ensejo à cobrança da obrigação alimentar - se judicial ou extrajudicial - para que seja usada a via expropriatória ou a executória de coação pessoal. Não só **sentenças**, também **títulos executivosextrajudiciais**, permitem ameaçar o devedor com a prisão (CPC 911).

São **títulos executivos extrajudiciais**: a escritura pública, o documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, e a transação **referendada** pelo Ministério Público, Defensoria Pública, pelos advogados das partes ou pelo mediador ou conciliador credenciado pelo tribunal (CPC 784 II a IV). Estando previstos em tais

documentos obrigação alimentar, é autorizada a execução pelo rito da prisão (CPC 911).

Prevista em tais documentos obrigação alimentar, para que seja buscada a execução, quer pelo rito da prisão, quer pelo da expropriação, não é necessária homologação judicial, mas o credor precisa promover uma ação judicial.

Quando o rito for o da **coerção pessoal**, para cobrança de até **três prestações**, o réu é citado para pagar em três dias, justificar a impossibilidade de fazê-lo ou provar que já pagou. A citação deve ser **pessoal**, por meio de oficial de justiça. Tal a lei não diz, mas a conclusão é lógica. Se no cumprimento da sentença a intimação é pessoal (CPC 528), nada justifica postura diferenciada em se tratando de dívida assumida extrajudicialmente.

Buscada a execução pelo rito da **expropriação**, a citação pode ser feita pelo correio. O devedor tem o prazo de três dias para pagar a dívida e a metade dos honorários (CPC 827 § 1.º). Pode opor **embargos à execução**, independentemente de penhora (CPC 914), no prazo de 15 dias (CPC 915). Rejeitados os embargos os honorários podem ser elevados até 20% (CPC 827 § 2.º).

O credor pode optar pela **via da expropriação** com referência a todas as parcelas, inclusive as recentes.

Havendo parcelas antigas e atuais, não encontrou o legislador uma saída. Parece que continua indispensável propor duas execuções, o que só onera as partes e afoga a justiça. Fernanda Tartuce sustenta a possibilidade do uso do mesmo processo, não lhe soando incompatível que seja determinada a prisão e a penhora, mas reconhece que a lei deveria ser mais explícita.[207]

28.36.3. Coação pessoal

O uso da forma mais eficaz para garantir o pagamento dos alimentos - a ameaça de prisão - é acessível tanto para a cobrança de alimentos fixados judicialmente (CPC 528 § 3.º) como em título executivo extrajudicial (CPC 911). Como afirma Luiz Edson Fachin, não se pode negar que o instituto da prisão civil, em seu caráter coercitivo, de ameaça, é inegavelmente útil e, no mais das vezes, leva o devedor ao cumprimento da obrigação.[208]

Esta via é restrita à cobrança das **três últimas prestações vencidas** antes do ajuizamento da execução e mais das que se vencerem no curso do processo (CPC 528 § 7.º e 911 parágrafo único).

Buscada a cobrança referente a um número superior de parcelas, cabe ao juiz limitar a demanda, sinalizando ao credor para que faça uso da via expropriatória das parcelas pretéritas. Quando em vez, é relativizado o número das parcelas vencidas, admitindo-se a execução de quantidade maior de prestações. Basta a alegação de que a demora decorreu de manobra procrastinatória do devedor.

Não há necessidade que estejam vencidas três prestações para o credor buscar a cobrança. O inadimplemento de uma única parcela já autoriza o uso da via executória.[209] Também podem ser cobradas parcelas alternadas. Como os alimentos se destinam a garantir a sobrevivência do credor, o **vencimento é antecipado**. A dívida precisa ser paga de pronto, e qualquer atraso autoriza sua cobrança.

Diz a lei que, se o exequente optar pela cobrança "**desde logo"** (CPC 528 § 8.º), somente pode fazê-lo pelo rito da **expropriação** (CPC 523), não sendo admissível a prisão do executado. Ou seja, alimentos **não definitivos**, estabelecidos em sentença ou em decisão interlocutória ainda sujeitas a recurso, não poderiam sujeitar o devedor à prisão. No entanto, não há como excluir desta modalidade a

cobrança de alimentos provisórios, como expressamente previsto (CPC 531).

O executado deve ser citado **pessoalmente** para, no prazo de três dias: pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo (CPC 528). O prazo é contado da data da juntada do mandado de citação (CPC 231 II). Caso a citação ocorra por **precatória**, o prazo tem início quando informado o juiz deprecante de seu cumprimento (CPC 232).

Nada impede que a **citação** ocorra por **horacerta** (CPC 252), até porque costuma o executado esquivar-se do oficial de justiça. Ainda que pouco eficaz, nada obsta que a citação seja levada a efeito por **edital** (CPC 256).

28.36.3.1. Justificativa

Citado o devedor, dispõe o mesmo do prazo de **três dias** para pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de proceder ao pagamento. (CPC 528 e 911).

A justifica para livrar-se da prisão tem que ser **absoluta** (CPC 528 § 2.º): que se encontre em situação tal que esteja sem aferir renda por fato que não tenha dado causa. Não serve a alegação de **desemprego**.

Do mesmo modo, descabido pretender compensar o valor da dívida com pagamentos *innatura*,[210] ou eventuais **liberalidades** levadas a efeito.[211]

Aceita a justificativa e reconhecido que o devedor não tem condições de proceder ao pagamento, tal não enseja a **extinção do débito**. Ainda que seja preso, a dívida não desaparece e a execução deve prosseguir pelo rito da expropriação (CPC 530).

Não aceita a **justificativa** apresentada para o não pagamento da dívida, o juiz, além de determinar o protesto, decreta a prisão do devedor (CPC 528 § 3.º). Ele só se livra da cadeia mediante a quitação integral do débito: as parcelas executadas e todas as que se venceram até a data do efetivo pagamento. O valor a ser pago é tão somente o que diz com o encargo alimentar. **Custas processuais** e **honoráriosadvocatícios**, mesmo que devidos, não são alvo da cobrança sob ameaça de prisão. Por isso, no mandado de devem ser discriminados os valores devidos.

Tendo as partes realizado **acordo**, não sendo ele cumprido, essa circunstância não impossibilita o prosseguimento da execução, e pelo rito da prisão. A dívida não perde a atualidade, sob pena de se estimular o uso deste expediente pelo devedor.

O cumprimento do prazo de aprisionamento, não perdoa o devedor de pagar a dívida. A cobrança segue pela via expropriatória (CPC 528 § 5.º).

Pagas as prestações vencidas e as que se venceram até a data do pagamento, o juiz suspende o cumprimento da ordem de prisão (CPC 528 § 6.º).

28.36.3.2. Prisão

O descompasso em relação ao **prazo da prisão**, que existia entre a lei processual (CPC/73 733 § 1.º) e a Lei de Alimentos (19), foi sanado pela lei atual que estabelece o prazo de **um a três meses** (CPC 528 § 3.º), quer se tratem de alimentos definitivos ou provisórios (CPC 531), quer tenham sido estabelecidos em sentença, decisão interlocutória (CPC 528), ou extrajudicialmente (CPC 911 parágrafo único).

A lei também não definia o **regime prisional**, o que ensejava as mais variadas opções, apesar da orientação do STJ pelo **regime**

fechado,[212] que acabou sendo o adotado pela lei processual. Somente há a determinação de que o devedor deve ficar separado dos presos comuns (CPC 528 § 4.º). Nitidamente um privilégio que não se justifica. Afinal, apesar de se tratar de **prisão civil**, foi cometido pelo devedor o delito de **abandono material**. E, se a credora for mulher, trata-se de **violência patrimonial** (LMP 7.º IV), conforme Enunciado do IBDFAM.[213] De qualquer modo o devedor não faz jus à prisão em **cela especial** (CPP 295 § 1.º). Frequentemente, o devedor impetra ***habeascorpus*** , no intuito de livrar-se da prisão, alegando impossibilidade financeira para pagar os alimentos. O meio é inadequado. Havendo dívida, não há como reconhecer **ilegalidade** no decreto de prisão que rejeita a justificativa apresentada. De outro lado, é descabido o exame de **matéria de fato** nesta estreita via.[214] Ao depois, não existindo prazo para o seu manejo, não pode ser admitido para contornar eventual intempestividade do recurso de agravo de instrumento (CPC 1.015 parágrafo único).

Vez por outra a desconformidade do devedor é de tal ordem que, contra o decreto de prisão, faz uso de **mandado de segurança**. Ainda que as ações constitucionais não se tratem de recursos, nitidamente é feito uso de mais de uma via impugnativa contra uma mesma decisão judicial.

O devedor não pode buscar nem a **redução** nem a **exoneração** do encargo alimentar em sede executória. Indispensável o uso da ação própria, até porque a exoneração não dispõe de efeito retroativo de modo a alcançar o débito preexistente.

Ainda que o devedor não possa ser preso novamente pelo inadimplemento da mesma dívida, o cumprimento da pena não o dispensa do pagamento das prestações vencidas e vincendas (CPC 528 § 5.º). Assim, e nos **mesmos autos** (CPC 531 § 2.º), pode prosseguir a cobrança do débito pelo rito da expropriação (CPC 530), quando incide o pagamento de multa e de honorários

advocatícios, caso não atenda o pagamento da dívida no prazo de 15 dias (CPC 523 §.1º).

28.36.4. Expropriação

Para a cobrança de alimentos vencidos há mais de três meses, somente é possível o uso da via expropriatória, independentemente de se tratar de título executivo **judicial** (CPC 528) ou **extrajudicial** (CPC 911).

Tratando-se de **título executivo extrajudicial**, a cobrança depende da propositura de uma ação (CPC 913), pelo rito da execução por quantia certa (CPC 824 e ss). Na inicial deve o credor indicar os bens a serem **penhorados** (CPC 829 § 2.º). Ao despachar a inicial o juiz fixa, de plano, honorários advocatícios de 10% (CPC 827).

O executado é citado pelo correio (CPC 246 I) para, em três dias, efetuar o pagamento da dívida (CPC 827), fluindo o prazo da data da juntada aos autos do aviso de recebimento (CPC 231 I). Procedendo ao pagamento nesse prazo, a verba honorária é reduzida pela **metade** (CPC 827 § 1.º). Não efetuado o pagamento, o oficial de justiça procede à **penhora** e à **avaliação dos bens**. A preferência é sempre penhorar dinheiro (CPC 835). O credor pode, mensalmente, levantar o valor do encargo (CPC 913).

Por se tratar de crédito alimentar, possível a penhora dos **vencimentos**, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; das quantias recebidas por liberalidade de terceiro ainda que destinadas ao sustento do devedor e sua família; dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal (CPC 833 IV). Do mesmo modo, admite-se o **bloqueio de créditos** do devedor, mesmo que de natureza trabalhista, bem como sobre o valor recebido a título de restituição do **imposto de renda**.[215] É estabelecido o limite da penhora do montante superior a **40 salários mínimos**, depositado em

caderneta de poupança (CPC 833 X), mas é admissível a constrição, ainda que o valor seja menor em se tratando de dívida alimentar.[216] A identificação da natureza do depósito é exemplificativa, havendo a possibilidade de penhora de numerário aplicado em outras modalidades de investimento. Sobre esses valores é possível o levantamento mensal do *quantum* da prestação alimentar (CPC 528 § 8.º e 913). Também é possível a determinação judicial de constituição de **garantia real oufideijussória** (LD 21).

É possível a **penhora dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis** (CPC 834), e de parcela dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos (CPC 529 § 3.º).

Para assegurar a constrição de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, possível a **penhora*on line*** (CPC 854): é realizada pelo próprio juiz, por meio eletrônico, junto ao Banco Central - Bacen, dos valores existentes em contas e aplicações financeiras, até o valor do débito. A penhora *on line* deve ser levada a efeito antes mesmo da citação do devedor, para evitar que ele, mediante alguma "pedalada", faça desaparecer o numerário que dispõe. Perdeu o legislador a oportunidade de criar um sistema eletrônico para a penhora de cotas sociais, de imóveis e de veículos ou outros bens.[217]

No prazo de 15 dias da juntada aos autos do comprovante de citação, o executado pode oferecer **embargos à execução** (CPC 915), independentemente de **penhora**, depósito ou caução (CPC 914). Os embargos não dispõem de **efeitosuspensivo** (CPC 919).

No prazo dos embargos, o executado, procedendo ao depósito de 30% do valor da execução, mais custas e honorários, pode requerer o **parcelamento do saldo**, em até seis parcelas mensais, devendo o valor ser devidamente corrigido e acrescido de juros de um por cento ao mês (CPC 916). A opção pelo parcelamento importa em renúncia ao direito de opor embargos (CPC 916 § 6.º).

Por falta de previsão, a tendência é não admitir o pagamento parcelado na execução pelo rito da prisão.[218]

O deferimento do pedido de parcelamento depende da concordância do credor (CC 314). Não é um direito do devedor. A imposição autoritária de parcelamento representaria violência com o que não se compatibiliza o atual estágio das relações jurídicas. Tratar-se-ia de composição obrigatória oriunda do Estado por meio do juiz.[219] O parcelamento não autoriza a redução da verba honorária (CPC 827).[220] O não pagamento, além de acarretar o vencimento das parcelas subsequentes, leva ao prosseguimento da execução e à imposição de multa de 10% sobre o valor não pago (CPC 916 § 5.º II).

Rejeitados os embargos, o **recurso** não dispõe de **efeito suspensivo** (CPC 1.012 III). O bem penhorado é alienado em **hasta pública**, vertendo o produto da venda para o credor. O crédito alimentar tem **preferência absoluta**, inclusive quando o pagamento depende de **precatório**.[221] A alienação pode ser levada a efeito por iniciativa particular do credor (CPC 880). Sendo penhorado **bem indivisível**, a **quota parte** do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recai sobre o **produto daalienação** do bem (CPC 843). Não só o credor, mas também o seu cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes podem **adjudicar** o bem penhorado por preço não inferior ao da avaliação (CPC 876 § 6.º).

Em face da resistência do devedor em cumprir com sua obrigação, muitas vezes se multiplicam as execuções. Possível a reunião dos processos, desde que não haja incompatibilidade de ritos.

Inadimplida a obrigação alimentar, o terceiro que arcar com o débito resta **sub-rogado** no **crédito**, bem como na **modalidade executória** que lhe é inerente. Assim, deixando o alimentante de arcar com a pensão, outra pessoa realizando o pagamento, fica ela

autorizada a proceder à cobrança nos mesmos autos, ainda que não possa ser utilizado o rito executório da prisão (CPC 778 IV).

A obrigação só se extingue quando o devedor pagar as parcelas vencidas e todas as que se venceram durante o processo e mais honorários, multa e custas (CPC 323).

28.36.5. Uma solução viável

O só fato de o legislador abrigar em capítulos distintos as duas modalidades de executar alimentos, não significa que seja necessário o uso de procedimentos distintos: um para a cobrança do encargo vencido até três meses e outro para o pagamento das prestações anteriores.

Claro que o legislador poderia ser mais claro, mas não existe incompatibilidade para, em uma mesma execução ser buscado o pagamento da totalidade da dívida, independente do número de parcelas não pagas.

Na inicial da execução, independente da quantidade de prestações não pagas, deve o credor indicar bens a penhora. Sequer precisa declinar a modalidade executória. Somente deverá se manifestar caso não deseje que seja adotado o rito da prisão. No silêncio significa optou pela dupla via.

Ao despachar a inicial, o juiz fixa o valor dos honorários de 10% (CPC 827) e expede mandado de penhora e de citação para que o réu em três dias (CPC 829):

a) Pague a totalidade da dívida, caso em que o valor dos honorários fica reduzido pela metade (CPC 827 § 1.º);

b) Prove que a dívida estava paga quando do ajuizamento da execução, hipótese em que se livra do pagamento de verba honorária;

c) Justifique a impossibilidade absoluta de proceder o pagamento referente às três últimas parcelas vendidas antes da execução (CPC 528).

Não ocorrendo o pagamento integral:

a) O juiz determina o protesto;

b) Aprecia a justificativa apresentada;

c) Recusada a justificativa, decreta a prisão do devedor pelo prazo de um a três meses (CPC 528 § 3.º) a ser cumprido em regime fechado (CPC 528 § 4.º);

Mesmo aceita a justificativa, deve ser procedida à penhora de bens que comportem o pagamento do valor integral da dívida, honorários e encargos processuais.

No momento em que ocorrer o adimplemento das três parcelas vencidas antes da propositura da execução, e mais das que se vencerem até a data do pagamento, o réu se livra da prisão, mas a execução prossegue quanto ao eventual débito remanescente: prestações pretéritas, honorários advocatícios e encargos processuais

Facilmente percebível que não há qualquer incompatibilidade para a execução de todas as verbas alimentares em único procedimento, quer as pretéritas, quer as recentes. Assim, é chegada a hora de acabar com a exigência da propositura de duas execuções, o que movimenta duas vezes a máquina judiciária, onera o credor e só beneficia o devedor.

28.37. Exceção de pré-executividade

A oposição de **embargos** estava condicionada à penhora de bens ou valores. No entanto, por construção jurisprudencial,[222] alegando o devedor que o título não estava revestido dos requisitos formais, passou-se a admitir a oposição de exceção de pré-executividade. O devedor, ao ser citado, em vez de indicar bens à penhora, opunha exceção, alegando que faltava ao título liquidez, certeza ou exigibilidade. E, não sendo título executivo o documento que embasava a demanda, não poderia desencadear processo de execução.

Este expediente passou a ser utilizado nas execuções de crédito alimentar. Como a oposição dos embargos não mais depende da segurança do juízo. No prazo de 15 dias da juntada aos autos do mandado de citação, o executado pode oferecer **embargos à execução** (CPC 915), independentemente de penhora, depósito ou caução (CPC 914). Com isso, não há mais falar em exceção de pré-executividade. Mas há quem sustente que subsiste.[223]

28.38. Crime de abandono

A lei processual (CPC 532) determina ao juiz que, flagrando **conduta procrastinatória** do executado, dê vista ao Ministério Público, dos indícios da prática do delito de **abandono material** (CP 244).[224]

Trata-se de crime contra a **assistência familiar**, sujeito à pena de detenção de um a quatro anos e multa de um a 10 salários mínimos. A ação é pública incondicionada, não sujeita a representação. Em face da pena mínima cominada, o Ministério Público pode propor a suspensão condicional do processo (L 9.099/95 89).

Quando a credora dos alimentos é a mulher com quem o devedor manteve vínculo familiar ou de convivência, o descumprimento da obrigação alimentar configura **violência doméstica**, sob a modalidade de violência patrimonial (LMP 7.º IV), *entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.*

O **prazo da prisão civil**, cumprida em sede de execução de alimentos, não é computado na pena imposta no juízo penal em caso de condenação. Não há a possibilidade de se considerar o período de prisão civil para diminuir o tempo de cumprimento da pena de detenção imposta pelo juízo criminal.[225]

Flagrada reiterada atitude omissiva no atendimento da obrigação alimentar, tal configura também uso de **expediente atentatório à dignidade da justiça**, a dar ensejo à declaração de **litigância de má-fé**, com a aplicação de multa e a condenação ao pagamento de **indenização** em favor do alimentando (CPC 80 e 81). Essa apenação pode ser imposta tanto pelo juízo de primeiro grau, como pelo órgão recursal, mesmo quando o recurso tenha sido interposto pelo devedor. Não se configura nem *reformatio in pejus* nem há falar em supressão de um grau de jurisdição.

No entanto, a omissão ocasional ou o simples atraso no cumprimento do dever de assistência material não configura o delito.[226]

A reiterada mora do devedor gera no alimentando sofrimento e dor, pois vê o pagamento da pensão ser postergado por tempo infinito, a ferir sua dignidade. Assim, o injustificável atraso configura dano susceptível de ser indenizado a título de **dano moral**. Importa, acima de tudo, devolver ao processo de execução alimentar a velha

crença de que a pensão em atraso "dá cadeia" e gera outras eficazes medidas jurídicas de rápida solução processual.[227]

28.39. Prescrição

O direito aos alimentos é imprescritível, mas não o é o direito às prestações vencidas e inadimplidas.[228] O prazo prescricional do crédito alimentar é de **dois anos** (CC 206 § 2.º). A prescrição não pode ser decretada **de ofício** pelo juiz. Em se tratando de obrigação de trato sucessivo, cada parcela vence a contar da fluência do prazo, não havendo prescrição da obrigação alimentar, mas somente de parcelas impagas. No entanto, cabe lembrar que contra **menores** absolutamente incapazes (CC 198 I), bem como durante o exercício do **poder familiar**, não corre prescrição (CC 197 II).

28.40. Ação revisional e exoneratória

Consagra a lei o **princípio da proporcionalidade** ao estabelecer que a fixação dos alimentos deve atentar às **necessidades** de quem os reclama e às **possibilidades** do obrigado a prestá-los (CC 1.694 § 1.º). A exigência de ser obedecido esse parâmetro é que permite a revisão ou a exoneração do encargo. Havendo alteração em um dos vértices desse binômio é possível, a qualquer tempo, rever o valor do encargo (CC 1.699).

Como o dever alimentar se prolonga no tempo, são comuns as ações revisionais, sob a alegação de ter havido ou aumento ou redução, quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentando. Tais alterações, como provocam afronta ao princípio da proporcionalidade, autorizam a busca de nova equalização do valor dos alimentos. Também a alegação do fim da necessidade do alimentando dá ensejo à pretensão exoneratória. Porém, o só implemento da **maioridade** não serve de justificativa para buscar a cessação da obrigação alimentar, muito menos a exoneração liminar

do encargo. O STJ sumulou o tema,[229] sujeitando à decisão judicial a exoneração do encargo alimentar, quando da maioridade do credor.[230]

Ainda que na ação de alimentos a **revelia** enseje os efeitos da confissão quanto à matéria de fato (LA 7.º), dita presunção não se aplica em se tratando de ação revisional que busca a redução ou a exoneração do encargo alimentar. São pressupostos para a demanda: a restrição ou impossibilidade do alimentante de pagar ou a redução ou a inexistência da necessidade do credor de receber. Tais assertivas dependem de prova, sob pena de a pretensão esbarrar na **coisa julgada**. O silêncio do réu nem sempre supre a necessidade dessa prova. Quando ocorre a revelia do devedor, são impostos os efeitos confessionais. Ou seja, quando é o **credor** que busca a revisão dos alimentos, o silêncio do demandado implica em reconhecimento da pretensão do autor. Já quando a pretensão é do **devedor** de reduzir alimentos a favor de menor de idade ou incapaz, o silêncio do demandado não autoriza a procedência da ação. Não se pode olvidar o fim protetivo da Lei de Alimentos.

Frequentes são as ações de exoneração ou redução sob a alegação de impossibilidade do alimentante de continuar atendendo ao dever alimentar. Nessa hipótese, é necessária uma robusta prova da incapacidade absoluta do devedor, principalmente quando ausente comprovação de que não subsiste a necessidade do alimentando. Os argumentos mais comuns são a constituição de nova família, ou o nascimento de outros filhos.[231] Porém esses acontecimentos não justificam sequer o pedido de redução do encargo alimentar, sob pena de se estar transferindo a obrigação alimentar de uns filhos para os outros.

O surgimento de nova família e o nascimento de outros filhos não é motivo instantâneo e razão infalível de redução da obrigação alimentar preexistente, sendo ônus do devedor provar,

satisfatoriamente, que houve substancial alteração de sua capacidade econômica.[232] Tais fatos, inclusive, mais evidenciam a capacidade econômica do alimentante, pois só constitui família ou tem filhos quem tem condições para arcar com os encargos decorrentes. De qualquer modo, vez por outra tais justificativas servem para reduzir o encargo, sob o fundamento de que o alimentante não pode estar fadado à solidão.[233]

As demandas revisionais devem adotar o procedimento da Lei de Alimentos (13). O ingresso da ação não autoriza o devedor nem a reduzir o valor dos alimentos nem a deixar de pagá-los. A alteração do encargo depende de chancela judicial.

A propositura da ação também não enseja a **suspensão do processo de execução**. Achatado o valor dos alimentos ou extinta a obrigação, a sentença não dispõe de efeito retroativo, não alcançando as parcelas vencidas e impagas. Admitir a possibilidade de fazer retroagir o valor fixado a menor - ou até na hipótese de exclusão dos alimentos -, alcançando as parcelas vencidas e não pagas, incentivaria o inadimplemento. Como os alimentos - repita-se - são **irrepetíveis**, aquele que pagou o valor devido até a data da decisão não teria como reaver as diferenças. Somente seria beneficiado quem não pagou a verba alimentar, aquele que se quedou inadimplente à espera da sentença. Dita solução, às claras, afronta o princípio da igualdade.

A propositura da ação revisional intentada pelo alimentante não pode incentivá-lo a deixar de pagar os alimentos ou a proceder à redução do seu valor do modo que melhor lhe aprouver. Admitir tal possibilidade deveria dar ensejo à suspensão do processo de execução, até o trânsito em julgado da demanda revisional, sob o fundamento de que o encargo alimentar pode ser reduzido ou excluído. Assim, não há como conceder **efeito retroativo** à redução ou exclusão do dever de pagar alimentos. O resultado seria desastroso. Além de incentivar a mora, induziria todos que são executados a

buscar a via judicial, propondo ação de redução ou exclusão do encargo, tão só para terem a execução suspensa.

A retroatividade surpreendentemente tem sido aceita pelo STJ[234] não levando em conta que pune o alimentante que cumpre com o pagamento e beneficia o devedor inadimplente. Vetada a devolução das parcelas pagas, o que pagou não pode pleitear compensação, enquanto aquele que se quedou em mora se beneficia com o descumprimento do encargo. Assim, por qualquer ângulo que se atente ao tema, não é possível deixar ao bel-prazer do devedor o direito de suspender o pagamento dos alimentos para se beneficiar de sua omissão.

A regra do § 2.º do art. 13 da Lei de Alimentos não tem aplicação quando os alimentos foram **reduzidos** ou houve a **exoneração** do devedor. Prevalece o **princípio da irrepetibilidade** dos alimentos. Portanto, limitado o seu montante ou extinta a obrigação, a decisão judicial não dispõe de **efeito retroativo**, não alcançando as parcelas vencidas e não pagas. Somente quando os alimentos são **majorados**, por meio de sentença transitada em julgado, é que se pode falar em retroatividade à data da citação. No entanto, quando os alimentos definitivos são fixados em montante inferior aos provisórios, o STJ afasta a possibilidade da execução da **diferença** dos valores não pagos pelo rito da prisão,[235] A solução é aplaudida por Fernanda Tartuce, sob a justificativa de que, se houve falha na fixação liminar dos alimentos, tanto que foram reduzidos, o alimentante não pode arcar com o custo disso, perdendo seu patrimônio e até sua liberdade em nome da preservação do prestígio das decisões judiciais (nesses casos, errôneas, diga-se de passagem).[236]

A **redução** ou **exoneração liminar** do encargo exige a maior cautela, sendo temerário o juiz limitar ou excluir alimentos sem que se estabeleça previamente o contraditório. Assim, ainda que alterado o valor dos alimentos, a redução ou exclusão só pode ter eficácia

após a **citação** do réu. De todo desarrazoado surpreender o credor de se ver, de uma hora para outra, totalmente desamparado, sem ter ciência de que não pode mais contar com os valores que vinha percebendo.

Quando um pretende majorar os alimentos e o outro quer reduzi-los ou exonerar-se do encargo, é desnecessária a propositura de duas ações, que, em face da conexão, restariam com tramitação conjunta. A tendência é de admitir o pedido de majoração, em sede de contestação da ação de redução. [237] Mas, como a ação revisional não dispõe de natureza dúplice, é necessário opor **reconvenção**.[238]

Tanto os alimentos definitivos como os provisórios podem ser alvo de revisão. Da verba estabelecida em sede liminar ou incidentalmente, o pedido de revisão é processado em apartado (LA 13 § 1.º). Em se tratando de alimentos definitivos, nada impede que a pretensão revisional ou exoneratória seja formulada nos mesmos autos em que os alimentos foram fixados. Não cabe invocar o art. 494 do CPC. Ainda que o juiz não possa alterar a sentença após sua publicação, trata-se de **nova pretensão**, atendendo ao princípio da economia processual o uso do mesmo processo.

28.41. Coisa julgada

Apesar do que diz a lei (LA 15), a sentença proferida em ação de alimentos produz, sim, **coisa julgada material**. A doutrina sustenta de forma maciça ser equivocada a expressão legal, ao afirmar que a decisão sobre alimentos não transita em julgado, porque pode ser revista a qualquer tempo, diante da alteração da situação financeira dos interessados. A possibilidade **revisional** leva à falsa ideia de que a sentença que fixa alimentos não se sujeita à imutabilidade. A assertiva não é verdadeira. Estabelecida a obrigação alimentar, que envolve inclusive o estado familiar das partes, a sentença transitada

em julgado, atinge a condição de coisa julgada material, não podendo novamente essa questão ser reexaminada.[239]

Uma vez que a obrigação alimentar é de trato sucessivo, dilatando-se por longo período temporal, trata-se de **relação jurídica continuativa**, cuja sentença tem implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. Portanto, a ação revisional é outra ação. Ainda que as partes e o objeto sejam os mesmos, é diferente a causa de pedir.[240] O que autoriza a revisão é a ocorrência de **fato novo** ensejador de desequilíbrio. Não havendo alteração de qualquer dos vértices do binômio possibilidade-necessidade, a pretensão revisional esbarra na coisa julgada. Sobre a imutabilidade da coisa julgada paira o **princípio da proporcionalidade**, o que justifica a perene possibilidade de os alimentos serem revisados. Havendo modificação do *quantum* alimentar, a sentença revisional não deixa de considerar a decisão judicial anterior: apenas adapta os alimentos ao estado de fato superveniente.

28.42. Proporcionalidade e coisa julgada

Ainda que ocorra coisa julgada em sede de alimentos, prevalece o **princípio da proporcionalidade**. Estipulado o encargo, quer por acordo, quer por decisão judicial, possível é a revisão caso tenha sido desatendido o parâmetro possibilidade-necessidade quando estabelecidos os alimentos. Mesmo que não tenha ocorrido alteração, quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentado, admissível a adequação a qualquer tempo. Ora, se fixado o montante dos alimentos sem que, por exemplo, saiba o credor dos reais ganhos do devedor, ao tomar conhecimento de que o valor estabelecido desatendeu ao princípio da proporcionalidade, cabe buscar a redefinição, sem que a pretensão esbarre na coisa julgada.

Assim, é cabível revisar os alimentos para **reequilibrar** a proporcionalidade, se não foi possível averiguar, de forma precisa, por

ocasião da fixação, as reais possibilidades do alimentante ou as verdadeiras necessidades do alimentado. Essa **adequação** se impõe mesmo quando inexista alteração na situação de vida das partes.

A revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao **princípio da proporcionalidade**, quer por alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque esse princípio foi desatendido por ocasião da fixação dos alimentos. Desimporta que tenham sido fixados por acordo ou judicialmente. Flagrada a desproporção, possível a revisão. Não pode o alimentante beneficiar-se de sua própria torpeza, ao ter induzido em **erro** ou o credor, ou o juiz. Trata-se de afronta ao princípio da **boa fé objetiva** e desatenção ao dever de **lealdade**. Deixando de informar corretamente seus ganhos, ensejou equívoco que urge ser corrigido. Não há falar em afronta à **coisa julgada**, pois esta não se cristaliza se, quando da fixação dos alimentos, foi desrespeitado o princípio da proporcionalidade. Não cabe outra solução, sob pena de se perpetuarem situações absolutamente injustas. Não se pode olvidar que é do juiz o dever de fixar os alimentos atendendo à diretriz norteadora do encargo. Flagrado o desatendimento a tal princípio, imperioso restabelecer o cumprimento do comando legal.[241]

28.43. Prestação de contas

Quando o credor dos alimentos é menor de idade, os alimentos são alcançados a quem detém sua guarda. Surgindo a suspeita de que a verba não está sendo utilizada para atender às necessidades do alimentando, a tendência é buscar justificativas sobre o destino dos valores recebidos. Assim, são frequentes as ações de prestação de contas dirigidas não contra o credor dos alimentos, mas contra o seu representante legal, que administra a pensão alimentícia.

Trata-se de direito decorrente do **exercício da fiscalização** é inerente ao **poder familiar** quanto à manutenção e educação dos filhos (CC 1.589).[242]

A lei que regulamenta o exercício da **guarda compartilhada**,[243] admite, na **guarda unilateral** o pedido de prestação de contas. No entanto, a autorização é para pedir informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas (CC 1.583 § 5º). Ainda que não se atine o que significa **prestação de contas subjetivas**, a possibilidade de buscá-la é expressa.

De outro lado, nada justifica limitar dita possibilidade à guarda unilateral. Mesmo na guarda compartilhada, persiste o dever de pagar alimentos, quando há desequilíbrio econômico entre os genitores. Assim, possível o prestador de alimentos, seja qual for o regime da guarda, pleitear prestação de contas dos alimentos que paga.[244]

Leitura complementar

BARUFFI, Helder; BARUFFI, Ana Cristina. A obrigação alimentícia no direito brasileiro e os direitos humanos: uma (re)leitura à luz dos tratados internacionais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago. p. 103-126.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios:* uma obrigação por tempo certo. Curitiba: Juruá, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

CARVALHO, Newton Teixeira. Os entraves processuais em ação de alimentos, execução e o novo Código de Processo Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 245-258.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

______. *A cobrança dos alimentos no novo CPC*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1078/A+cobran%C3%A7a+dos+alimentos+no+novo+CPC>. Acesso em 30 nov. 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 155-166.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos.* Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MADALENO, Rolf. Alimentos processuais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 05, p. 23-50, ago.-set. 2008.

_______. A intributalidade da pensão alimentícia. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 11-34.

_______. Alimentos compensatórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 577-592.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos para o nascituro*: tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Temas de direito e processo de família e sucessões*. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Alimentos provisionais, alimentos provisórios, alimentos compensatórios: diferenças existentes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, ano VIII, n. 48, p. 5-27, maio-jun. 2012.

TARTUCE, Fernanda. Alimentos indevidos: exoneração e repetição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 09, p. 101-124, abr.-maio 2009.

TARTUCE, Flávio. O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao direito de família - Abandono afetivo e alimentos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 30. p. 5-34, out.-nov. 2012.

______. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 505-572.

1

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 373.

2

Silmara Juny Chinelato, Comentários ao Código Civil, 437.

3

Gelson Amaro de Souza, Alimentos provisionais..., 7.

4

Rodrigo da Cunha Pereira, Teoria geral dos alimentos, 2.

5

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de direito civil, 758.

6

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 375.

7

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 409.

8

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 54.

9

Carlos Alberto Bittar, Direito de família, 252.

10

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 717.

11

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 328.

12

Maria Berenice Dias, Divórcio já, 118.

13

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 35.

14

Thiago Felipe Vargas Simões, Alimentos e parentesco socioafetivo, 64.

15

Rolf Madaleno, Curso de direito de família, 698. Vide Súmula 358 do STJ.

16

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 141.

17

Alimentos. Solidariedade familiar. Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de

solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento. Negado provimento ao apelo. (TJRS, AC 70013502331, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 15/02/2006).

18

Alimentos requeridos às filhas com base no parentesco. Improcedência na origem. Agravo retido. (...) I - Abandono das filhas. Procedimento indigno. Art. 1.708, parágrafo único, do CC. Analogia com art. 1.638, II, do CC. Conduta mitigada diante das particularidades do caso. Pressuposto subjetivo caracterizado, mas com alimentos limitados ao estritamente necessário. II - Derrame cerebral e incapacidade para o trabalho. Necessidades minimamente demonstradas. Considerável proventos previdenciário das alimentantes. Possibilidades caracterizadas. Fixação dos alimentos em 7% do benefício para cada alimentante. Proporcionalidade atendida. III - Sucumbência recíproca, sem equivalência de derrotas. Redistribuição. Gratuidade. Suspensão. Art. 12. Da L 1.050/60. IV - sentença reformada. Recurso provido em parte. I - Não obstante o abandono material e moral da prole possa caracterizar o "procedimento indigno" a que alude o parágrafo único do art. 1.708 do CC, por analogia ao art. 1.638, II, também do Diploma Civil, não há falar na cessação da obrigação alimentar das filhas aos pais quando as particularidades do caso mitigam tal ausência, recomendando no caso apenas a limitação aos alimentos necessários, a teor do enunciado n. 345 das Jornadas de Direito Civil. II - Demonstradas, ainda que minimamente, as necessidades do alimentando em razão da incapacidade laboral decorrente dos sérios problemas de saúde por que passou (principalmente o derrame cerebral), e as possibilidades das filhas alimentantes que, embora tenham gastos próprios relevantes, percebem pensão previdenciária em valor considerável, mostra-se razoável a fixação de alimentos em 7% (sete por cento) de tais proventos, de forma a garantir os alimentos necessários e preservar o pouco que resta da solidariedade familiar entre as partes. (...) (TJSC, AC 2010.046709-8, 5.ª C. Dir. Civ., Rel. Henry Petry Junior, j. 15/08/2012).

19

Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 32.

20

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 134.

21

Revisão de alimentos. Demonstrado inequivocamente que o alimentante não está cumprindo com sua obrigação in natura, de pagamento das despesas escolares (mensalidade da escola e material escolar), impõe-se sua conversão para obrigação *in pecunia,* visando a salvaguardar os interesses do infante e dar maior efetividade e celeridade ao cumprimento da obrigação alimentar, visto que, conforme referido, o alimentante exerce atividade laboral remunerada com vínculo empregatício. Diante da ausência, ao menos até o momento, de elementos que permitam aferir a real capacidade financeira do agravado, adequada a fixação da pensão in pecunia em valor equivalente a 20% da sua renda líquida (bruto menos os descontos obrigatórios da previdência social e IR), mantida a obrigação de pagamento em separado de plano de saúde e odontológico. Deram parcial provimento. Unânime. (TJRS, AI 70055591069, 8.ª C. Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29/08/2013).

22

Ação de arbitramento de aluguel. Uso exclusivo de imóvel comum. Alimentos "in natura". Insurgência contra sentença de improcedência. Sentença mantida. Uso exclusivo de bem comum após separação judicial com abandono de ex-esposa e quatro filhos menores não enseja pagamento de alugueres, por configurar alimentos "in natura". Recurso desprovido. (TJSP, AC 0016693-65.2011.8.26.0037/SP, 3.ª C. Dir. Priv., Rel. Carlos Alberto de Salles, j. 16/09/2014).

23

Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 30.

24

Súmula 309 do STJ: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentant.e é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

25

Ação revisional de alimentos. Proporcionalidade da verba arbitrada na sentença. Pedido de redução em maior extensão. Descabimento. Indexação dos alimentos pelo IGP-M. Cabimento. Ônus de sucumbência. Redimensionamento. (...) 2. Contudo, para evitar disparidade na obrigação alimentar, já que o alimentante não aufere renda certa, recomendável deixar de adotar como indexador o salário mínimo, que vem experimentando índices de realinhamento bem superiores aos dos demais indicadores da inflação. Conversão da verba alimentar para valor certo, com atualização pelo IGP-M. (...). Apelação provida em parte. (TJRS, AC 70057769234, 8.ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 20/03/2014).

26

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 108.

27

Fixação de alimentos provisórios. Superveniência dos definitivos. Diminuição de valor. Art. 13, § 2.º, da L 5.478/68. Retroação à data da citação. Inadmissibilidade. Incorporação ao patrimônio do alimentando. Efeitos *ex nunc* da sentença. Desestímulo ao alimentante inadimplente. Recurso desprovido. (...) 3. A jurisprudência deste Tribunal Superior é na vertente de possuir efeitos imediatos a decisão que arbitra os alimentos provisórios, integrando tal direito temporário o patrimônio do alimentando, de sorte que a sentença a qual altera, posteriormente, esse provimento precário, fixando alimentos definitivos em valores inferiores, não tem o condão de retroagir em prejuízo daquele que recebe a aludida prestação. Assim, a sentença que arbitra alimentos definitivos opera *ex nunc*, não podendo ser usada para beneficiar o alimentante inadimplente. Destarte, o valor dos alimentos provisórios é devido desde a data em que foram fixados até a data em que proferida a sentença que os reduziu. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1.042.059-SP (2008/0057226-3), Rel. Des. conv. do TJRS Min. Vasco Della Giustina, j. 26/04/2011).

28

Execução de alimentos. Rito do art. 733. A redução da obrigação alimentar vigora a partir da decisão proferida e não retroage à data da citação. Contudo, eventuais diferenças pretéritas não podem ser cobradas pelo rito coercitivo, mas, sim, pelo expropriatório. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TJRS, AI 70058583949, 7º C. Cív., Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 02/07/2014).

29

Alimentos. Ação declaratória. Pretensão de obter a nulidade do acordo judicial que fixou alimentos em favor do réu, cuja paternidade foi desconstituída por decisão judicial. Enquanto não desconstituído o registro, produz ele todos os seus efeitos, em especial em relação à obrigação alimentar. Provimento parcial do recurso, para declarar a extinção da obrigação alimentar a contar do trânsito em julgado da sentença proferida nos autos da ação negatória de paternidade. Irrepetibilidade dos alimentos que impede a devolução dos valores já pagos. (...) Recurso do autor improvido. Recurso adesivo dos réus provido em parte. (TJSP, AC 620.908.4/0, Ac. 3713364, 4.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 25/06/2009).

30

Rolf Madaleno, Curso de direito de família, 357.

31

Exoneração de alimentos c/c repetição de indébito. Improcedência em 1.º grau. Inconformismo do autor. Fato ensejador de exoneração alimentar. União estável da credora alimentícia. Acolhimento. Repetição de indébito. Matéria subordinada à boa-fé e eticidade. Credora que ardilosamente não comunica sua nova sociedade afetiva, continuando a receber pensão acordada em casamento desfeito. Enriquecimento ilícito. Devolução das quantias pagas a partir da causa exoneratória. Litigância de má-fé. Dolo processual. Incomprovação. Recurso parcialmente provido. Tendo a requerida, após o casamento desfeito, instaurado nova sociedade afetiva, impõe-se a exoneração alimentar do devedor para com a alimentada, a teor do art. 1.708 do CC. Se os princípios da boa-fé e da eticidade subjugam a relação pós-matrimônio entre ex-cônjuges, a alimentada tem obrigação de comunicar ao alimentante a cessação de seu crédito alimentício, sob pena de pagamento indevido do devedor para a credora através de ardil que leva ao locupletamento ilícito. Ausente a licitude na conduta da credora, deve ela restituir ao suposto devedor a verba alimentar indevida e ilicitamente recebida ao longo do tempo, a partir da sociedade afetiva que o ex-cônjuge desconhecia. Incomprovado o dolo processual da parte, afasta-se a condenação por litigância de má-fé. (TJSC, AC 2004.0344220-9, 4.ª C. Dir. Cív., Rel. Des. Monteiro Rocha, j. 17/07/2008).

32

Súmula 379 do STF: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

33

Ação de alimentos. Acordo extrajudicial. Desistência da ação. Extinção do processo. Intervenção do Ministério Público. Obrigatoriedade. Noticiado acordo extrajudicial entre a representante dos alimentados e o alimentante, é obrigatória a intervenção do Ministério Público para assegurar que os interesses dos menores se acham preservados. *In casu*, sequer a aludida transação foi carreada aos autos. Recurso especial conhecido e provido, para determinar a anulação da sentença e determinar a intervenção do *parquet.* (STJ, REsp 896.310/RS, 4.ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05/02/2009).

34

Execução de alimentos. Rito art. 732 do CPC. Homologação de acordo extrajudicial. Renúncia de alimentos. Não cabimento. A renúncia de alimentos em favor de menor de idade deve ser feita com a chancela judicial, não servindo para tanto o acordo por instrumento particular, sem a manifestação do Ministério Público e participação do Poder Judiciário, por se tratar de direito indisponível. Caso em que se mantém a decisão que não homologou o acordo extrajudicial de renúncia de alimentos. Negaram provimento. (TJRS, AI 70060969920, 8.ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 11/9/2014).

35

Ação de alimentos. Decisão que fixou alimentos provisórios em favor de ex-cônjuge. Renúncia por parte de ex-cônjuge ao pensionamento. Acordo homologado judicialmente. Decisão cassada. Recurso provido. O cônjuge que renuncia ao pensionamento não poderá exigir que as prestações alimentícias sejam prorrogadas. "Após a homologação do divórcio, não pode o ex-cônjuge pleitear alimentos se deles desistiu expressamente por ocasião do acordo de separação consensual". Este é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça. (TJBA, AI 0014675-02.2013.8.05.0000, 2.ª C. Cív., Rel. Lisbete Maria Teixeira Almeida Cézar Santos, j. 28/01/2014).

36

Cristiano Chaves de Farias, Escritos de Direito e processo das famílias, 73.

37

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de direito de família, 875.

38

Flávio Tartuce, O princípio da solidariedade..., 27.

39

Recurso especial. Família. União estável. Escritura pública de reconhecimento. Alimentos. Cláusula de dispensa prévia. Alteração da situação financeira na constância da união. Ação de alimentos ajuizada após a dissolução do vínculo. Viabilidade. Irrenunciabilidade dos alimentos devidos na constância do vínculo conjugal. Nulidade da cláusula de renúncia. Recurso improvido. 1. Tendo as partes vivido em união estável por dez anos, estabelecendo no início do relacionamento, por escritura pública, a dispensa à assistência material mútua, a superveniência de moléstia grave na constância do relacionamento, reduzindo a capacidade laboral e comprometendo, ainda que temporariamente, a situação financeira da companheira, autoriza a fixação de alimentos após a dissolução da união. 2. Direito à

assistência moral e material recíproca e dever de prestar alimentos expressamente previstos nos arts. 2.º, II, e 7.º da Lei 9.278/96 e nos arts. 1.694 e 1.724 do CC/2002. 3. São irrenunciáveis os alimentos devidos na constância do vínculo familiar (art. 1.707 do CC/2002). Não obstante considere-se válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião de acordo de separação judicial ou de divórcio, nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser admitida enquanto perdurar a união estável. 4. Reconhecida pelo eg. Tribunal a quo a necessidade da ex-companheira à percepção de alimentos em caráter transitório, assim como a capacidade contributiva do recorrente, a reforma do julgado quanto a estes aspectos mutáveis demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, vedado na via do recurso especial (Súmula 7 do STJ). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ, REsp 1.178.233/RJ, 4.ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 06/11/2014).

40

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 87.

41

Súmula 336 do STJ: A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente.

42

Pensão por morte de servidor público requerida por ex-cônjuge. Renúncia aos alimentos por ocasião do divórcio não impede a concessão do benefício. Súmula 336/STJ. Necessidade de comprovação da superveniente dependência econômica. Agravo regimental desprovido. 1. Consoante disposto na Súmula 336/STJ, a mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente. 2. O só fato de a recorrente ter se divorciado do falecido e, à época, dispensado os alimentos, não a proíbe de requerer a pensão por morte, uma vez devidamente comprovada a necessidade (STJ, REsp 472.742/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* 31/03/2003). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1.015.252-RS, 5.ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, p. 25/04/2011).

43

Neste sentido: Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 151; e Rolf Madaleno, Curso de direito de família, 844.

44

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Direito das famílias, 596.

45

Zeno Veloso, Código Civil comentado, 40.

46

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 252.

47

Reconhecimento e dissolução de união estável. Celebração de acordo com fixação de alimentos em favor da ex-companheira. Homologação. Posterior falecimento do alimentante. Extinção da obrigação personalíssima de prestar alimentos. Impossibilidade de transmissão ao espólio. (STJ, REsp 1.354.693/SP, 2.ª Seção, Rel. originário Min. Maria Isabel Gallotti, voto vencedor Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 26/11/2014).

48

[48] Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 378.

49

Inventário. Habilitação de crédito. Transmissão da obrigação alimentar ao espólio. O estabelecimento do encargo alimentar aos herdeiros tem suporte legal na transmissibilidade da obrigação alimentar prevista no art. 1.700 do CCB e obedece às diretrizes do art. 1.694 do CCB. No entanto, o exame da adequação do encargo alimentar a ser transmitido e a fixação do *quantum* deve ter lugar em ação própria, com observância do contraditório e necessária fase cognitiva, e não dentro do processo de inventário ou, mesmo, em sede de habilitação de crédito. Negado seguimento ao recurso. (TJRS, AI 70059169995, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 01/04/2014).

50

Habeascorpus. Direito de família. Alimentos. Execução. Espólio. Rito do art. 733 do CPC. Descumprimento. Prisão civil do inventariante. Impossibilidade. 1. Malgrado a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o alcance da alteração sobre o tema no âmbito do Código Civil de 2002, e apesar de sua natureza personalíssima, o fato é que previu o novo Código que "a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor" (art. 1.700), não podendo a

massa inventariada nem os herdeiros, contudo, responder por valores superiores à força da herança, haja vista ser a dívida oriunda de obrigação pretérita do morto e não originária daqueles (arts. 1.792 e 1.997 e En. 343 do CJF). 2. Nessa ordem de ideias, e seja qual for a conclusão quanto a transmissibilidade ou não da obrigação alimentar, não parece possível a decretação de prisão civil do inventariante do Espólio, haja vista que a restrição da liberdade constitui sanção também de natureza personalíssima e que não pode recair sobre terceiro, estranho ao dever de alimentar, como sói acontecer com o inventariante, representante legal e administrador da massa hereditária. 3. De fato, "a prisão administrativa atinge, apenas, ao devedor de alimentos, segundo o art. 733, § 1.º, do CPC, e não a terceiros" e em sendo o inventariante um terceiro na relação entre exequente e executado - ao espólio é que foi transmitida a obrigação de prestar alimentos (haja vista o seu caráter personalíssimo) - "configura constrangimento ilegal a coação, sob pena de prisão, a adimplir obrigação do referido espólio, quando este não dispõe de rendimento suficiente para tal fim" (CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 750-751). 4. Na hipótese, a verba alimentar foi estabelecida com base nas necessidades do alimentando e nas extintas possibilidades do alimentante, falecido, e não em virtude das forças da herança, não se sabendo, ao certo, se o monte-mor tem quantias em dinheiro ou rendimentos pecuniários para a mantença dos mesmos patamares. Além disso, há uma nova situação pessoal do alimentado, que pode ter sofrido grande alteração em decorrência de sua participação na própria herança, ficando alterados o binômio necessidade/possibilidade - que deve nortear o pagamento de alimentos. 5. Há considerar, ainda, que o próprio herdeiro pode requerer pessoalmente ao juízo, durante o processamento do inventário, a antecipação de recursos para a sua subsistência, podendo o magistrado conferir eventual adiantamento de quinhão necessário à sua mantença, dando assim efetividade ao direito material da parte pelos meios processuais cabíveis, sem que se ofenda, para tanto, um dos direitos fundamentais do ser humano, a sua liberdade; ademais, caso necessário, pode o juízo destituir o inventariante pelo descumprimento de seu munus. (...) 7. Ordem de habeas corpus concedida. (STJ, HC 256.793/RN (2012/0215640-9), 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/10/2013).

51

Euclides de Oliveira, Alimentos:..., 292.

52

Súmula 159 do TFR: É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

53

Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 51.

54

Paulo Lôbo, Alteração constitucional e suas consequências.

55

Pablo Stolze Gagliano, O novo divórcio, 111.

56

Ação de alteração de cláusula de alimentos. Obrigação alimentar entre ex-cônjuges. Exoneração. Descabimento. Dever de mútua assistência. Dependência econômica configurada. Declaração de vontade do alimentante com força jurígena. Redução do pensionamento. Observância da proporcionalidade entre necessidade da alimentada e possibilidade do alimentante. Manutenção do *quantum*. 1. A obrigação de prestar alimentos entre ex-cônjuges decorre do dever de mútua assistência, inserido no art. 1.694 do CC. Comprovada a dependência econômica da alimentada, a sua incapacidade de prover o próprio sustento, e a manifestação de vontade do alimentante de continuar contribuindo financeiramente, é de ser mantida a obrigação de pagar pensão alimentícia. 2. A quantificação dos alimentos deve mensurar objetivamente a necessidade de quem pleiteia os alimentos e a possibilidade financeira de quem os fornece. No caso, demonstrada a adequação do valor deduzido na sentença, não há que se falar em sua redução. Recurso conhecido e não provido. (TJPR, AC 1206049-6, 12ª C. Cív., Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, j. 24/09/2014).

57

Ação de alimentos. Separação de fato. Ex-cônjuge. (...) 1. A coabitação dos ex-cônjuges no mesmo domicílio não conduz à improcedência do pedido de alimentos, o qual é sempre analisado à luz do binômio necessidade/possibilidade e segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Tal circunstância - coabitação - pode servir de parâmetro para a análise do caso concreto, mas não induz à automática improcedência do pedido. (...) 4. Apelos conhecidos, não provido o do requerido e provido o da autora. (TJDF, AC 20140210003303, 1.ª T. Cív., Rel. Simone Lucindo, j. 18/03/2015).

58

Rolf Madaleno, A intributalidade da pensão alimentícia, 30.

59

Yussef Said Cahali, Da renúncia dos alimentos pela mulher casada, 83.

60

Revisão de alimentos. Divórcio. A decretação do divórcio faz cessar o dever conjugal de mútua assistência, eis que dissolvido o vínculo matrimonial e, por consequências, os deveres a ele inerentes. Desta forma, os alimentos então fixados em favor da ex-mulher passaram a não mais decorrer do vínculo matrimonial extinto, mas, sim, da obrigação contratual assumida, com o que o pedido de majoração dos alimentos em favor da ex-mulher, sob alegação de aumento de sua necessidade, carece até mesmo de possibilidade jurídica. Ausência de prova da alteração do equilíbrio do binômio necessidade-possibilidade de modo a justificar a majoração da pensão em favor dos filhos. Negaram provimento. Unânime. (TJRS, AI 70063519540, 8.ª C. Cív., Rel.Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23/04/2015).

61

[61] Ação de exoneração de alimentos. Ex-cônjuge credora. Nova união. Antecipação dos efeitos da tutela. Verossimilhança das alegações. Decisão mantida. 1. O Código Civil, em seu art. 1.708, traz como causa de cessação da obrigação alimentar o casamento, a união estável, o concubinato e o procedimento indigno do credor de alimentos. 2. Se presentes nos autos prova de que a alimentanda, ex-cônjuge, constituiu nova união, resta demonstrada a aventada verossimilhança das alegações do alimentante suficientemente capaz de justificar a antecipação da tutela requerida. 3. Agravo conhecido e desprovido. Unânime. (TJDF, AI 20130020219474 (0022858-05.2013.8.07.0000), 3.ª T. Cív., Rel. Otávio Augusto, j. 23/10/2013).

62

Rolf Madaleno, Curso de direito de família, 737.

63

Neste sentido: Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 466; e Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 783.

64

Sérgio Gischkow Pereira, Direito de família:..., 162.

65

Ação de divórcio. Pedido de alimentos formulado por meio de reconvenção sentença que decreta o divórcio e julga extinta a reconvenção por ausência de conexão com a ação principal. Inexistência de óbice para que o pedido de reconvenção formulado pela ré seja apreciado nos mesmos autos da ação do divórcio. Observância aos princípios da economia processual e da razoável duração do processo. (...) A toda evidência, o pedido de alimentos formulado por um cônjuge em face do outro encontra conexão com o pedido de divórcio. Precedentes do TJRJ. Dou provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1.º-A, do CPC, para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito, com a apreciação do pedido reconvencional. (TJRJ, AC 1013807-79.2011.8.19.0002, 4.ª C. Cív., Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, p. 08/08/2012).

66

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 257.

67

Idem, ibidem.

68

Idem, 267.

69

Francisco José Cahali, Dos alimentos, 236.

70

Recurso especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de Lei Federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família x dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Decisão. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decurso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas. Dissídio jurisprudencial. Inexistência de similitude fático-jurídica. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer riso de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3.

O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas - ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em queperdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda -, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. (...) (STJ, REsp 1.185.337, 3.ªT., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/03/2015).

71

João Baptista Villela, Procriação, paternidade e alimentos, 142.

72

Ação de alimentos. Extinção do feito sem resolução de mérito. Alimentante que reside no mesmo lar que os alimentados. Subsistência da obrigação alimentar. Necessidade de reforma da sentença. Comprovação do binômio necessidade/possibilidade. Determinação de prestação dos alimentos no percentual de 30% dos rendimentos do promovido. Provimento parcial do apelo. O dever de prestar alimentos aos filhos menores subsiste ao pai que descumpriu a obrigação, mesmo vivendo sob o mesmo teto de seus filhos. Assim, é possível ao credor de alimentos, em princípio, pleitear o pagamento de pensão pecuniária por parte do devedor, ainda que resida na companhia deste. O simples convívio não exclui em termos absolutos o pensionamento em dinheiro. (TJPB, AC 001.2008.024311-4/001, 1.ª C. Cív., Rel. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti, p. 11/03/2010).

73

Yussef Said Cahali, Da renúncia dos alimentos..., 80.

74

João Baptista Villela, Procriação, paternidade e alimentos, 142.

75

Ação de investigação de paternidade (...) II. Entende-se que a fixação da maioridade como término da obrigação não é extra petita, pois, a necessidade do alimentante deixa de ser presumida. No entanto, na análise do mérito, os alimentos devem ser fixados sem uma data limite, mas sim até que o alimentado tenha real necessidade destes e que o alimentante, por sua vez, tenha possibilidade, atendendo ao binômio que rege o instituto. Assim, caberá ao alimentado, se for o caso, ajuizar ação de exoneração de alimentos, sendo este o momento oportuno

para discutir possível data de exoneração de alimentos. (TJMG, AC 10024120621537001, Rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1.ª C. Cív. j. 25/03/2014, p. 03/04/2014).

76

Ação anulatória de acordo. Alimentos. Termo final. Irrenunciabilidade. Não comporta reparos a sentença que acolheu o pleito anulatório do acordo alimentar, no tocante ao seu termo final, tendo em vista que os alimentos são irrenunciáveis e personalíssimos. Apelação desprovida. (TJRS, AC 70057965535, 8.ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 13/03/2014).

77

Súmula 358 do STJ: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

78

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 232.

79

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 58.

80

Apelação em ação ordinária declaratória de exoneração de prestação alimentícia c/c anulação de reconhecimento de paternidade. Exame de DNA negativo. Inexistência do poder familiar. Exoneração de prestar alimentos. Impossibilidade. 1. Embora inexistente o poder familiar com a quebra do laço parental, a obrigação daí decorrente deve perdurar, porquanto há substrato jurídico a manter o dever de alimentos que é a existência do laço socioafetivo entre as partes. 2. Recurso conhecido e improvido. (TJMA, Autos 2010.004938-8 (0348384-86.2007.8.04.0001), 1.ª C. Cív., Rel. Des. Sabino da Silva Marques, j. 18/04/2011).

81

Belmiro Pedro Welter, Teoria tridimensional do direito de família, 232.

82

Helenira Bachi Coelho, Da reparação civil dos alimentos..., 27.

83

Rolf Madaleno, Repensando o Direito de Família, 170.

84

Rolf Madaleno, Paternidade alimentar, 195.

85

Súmula 301 do STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

86

Lei 8.560/92, 2.º-A parágrafo único.

87

Ana Cecília Rosário Ribeiro, Alimentos para o nascituro, 129.

88

José Carlos Teixeira Giorgis, Alimentos gravídicos.

89

Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 90.

90

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 355.

91

Alimentos gravídicos. Possibilidade. Indícios de paternidade. O requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos é de que a parte requerente demonstre "indícios de paternidade", nos termos do art. 6.º da Lei 11.804/08. O exame de tal pedido, em sede de cognição sumária, sob pena de desvirtuamento do espírito da Lei, não deve ser realizado com extremo rigor, tendo em vista a dificuldade em produzir prova escorreita do alegado vínculo parental. Caso em que as fotografias, dando conta do relacionamento amoroso das partes, juntadas ao instrumento, conferem verossimilhança à alegação de paternidade do réu e autorizam o deferimento dos alimentos gravídicos, em sede liminar. Deram provimento (TJRS, AI 70065486870, 8.ª C. Cív., Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 20/08/2015).

92

[92] Alimentos gravídicos. Antecipação de tutela liminar. É de rigor que o juízo corra algum risco quando se está em sede de provimento liminar de alimentos gravídicos. Nos casos em que se pedem alimentos gravídicos, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia, sem o fito de, antecipadamente, fazer a defesa da parte ré, alegadamente, devedora de alimentos. Não há como negar a necessidade da mãe de manter acompanhamento médico, fazer exame pré-natal, e outros procedimentos que visam ao bom desenvolvimento do feto e que demandam certos gastos. Por isso, no impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um dever provisório e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário. Nesse contexto, apesar da fragilidade da prova acerca da paternidade, é cabível a fixação dos alimentos provisórios. Deram parcial provimento. (TJRS, AI 70058933417, 8.ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 24/04/2014).

93

Thiago Felipe Vargas Simões, Aspectos materiais e processuais dos alimentos gravídicos, 101.

94

Prestação de alimentos à ex-cônjuge cumulados com alimentos gravídicos. Configurado o binômio possibilidade x necessidade. I - Inexistindo provas de que o agravante não possui condições para arcar com o valor fixado, não há que se falar em revogação da decisão que arbitrou alimentos provisórios. II - Não é porque foram arbitrados alimentos gravídicos que estes, de per si, afastariam a possibilidade de fixação de pensão para a recorrida. (TJMG, AI 1.0145.09.536163-3/001, Rel. Des. Leite Praça, j. 22/06/2010).

95

Alimentos. Lei 11.804/08. Direito do nascituro. Prova. Recusa do réu a se submeter ao exame de DNA. Presunção de paternidade. 1. Havendo indícios veementes da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante. 2. Tendo ocorrido o nascimento com vida, o filho passa a ser o destinatário da verba alimentar. Inteligência do art. 6.º, parágrafo único, da Lei 11.806/2008. 3. Tendo o réu deixado de comparecer ao exame de DNA aprazado, fica demonstrada a paternidade. Incidência do art. 231 do CCB e da Súmula 301 do STJ. 4.Os alimentos devem ser fixados de forma a garantir o

sustento do filho, mas dentro das possibilidades do alimentante, tendo em mira os seus ganhos e também os seus encargos de família. (...) Recurso parcialmente provido. (TJRS, AC 70058385980, 7.ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 23/06/2014).

96

[96] Ação de alimentos gravídicos convertida em investigatória de paternidade. Manutenção dos alimentos provisórios. A conversão da ação de alimentos gravídicos para investigação de paternidade, tendo a autora realizado este pedido em audiência, é medida que atende à economia processual e instrumentalidade. Com efeito, determinar que a agravada ingresse com uma nova ação de investigação de paternidade, como requer o recorrente, significa um gasto desnecessário de tempo e de serviço, seja dos advogados, bem como dos serventuários da justiça. Logo, correta a conversão do feito para investigação de paternidade. Não cabe suspender os alimentos provisórios até a realização do DNA, pois, diante dos indícios de paternidade, a suspensão dos alimentos provisórios tem grande potencial de trazer prejuízo ao recém-nascido. Motivo pelo qual também não merece acolhida o pedido de depósito judicial dos alimentos, até o resultado da perícia genética. Negado seguimento. (TJRS, AI 70049095573, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 25/05/2012).

97

Leandro Soares Lomeu, Alimentos gravídicos avoengos.

98

Enunciado 522 do CJF: Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei n. 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência.

99

[99] Ação de alimentos avoengos. Extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido. Impossibilidade. Admissibilidade da postulação no ordenamento jurídico. Garantia do devido processo legal e da ampla defesa. (...) Não é defeso que o autor ajuíze concomitantemente ações de alimentos contra o genitor e contra os avós, não se caracterizando, dessa forma, a impossibilidade jurídica do pedido. (...) Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, AI 70034617324, 7.ª C. Cív., Rel. José Conrado Kurtz de Souza, j. 23/06/2010).

100

Luciano Souto Dias e Talita Figueiredo Souza, Alimentos avoengos:..., 125.

101

Ação de alimentos. Avós paternos. Possibilidade. Responsabilidade subsidiária. Reais rendimentos da genitora. Ausência. Impossibilidade de criação da prole não demonstrada. Recurso desprovido. A procedência do pedido contido na ação de alimentos ajuizada contra os avós é condicionada à comprovação da impossibilidade financeira dos genitores, uma vez que a responsabilidade dos ascendentes é subsidiária, e não solidária. Não comprovada a impossibilidade de a mãe da autora promover o sustento da filha, impõe-se a improcedência da ação dirigida contra os avós paternos. (TJMG, AC 1.0327.13.002937-1/001, 6.ª C. Cív., Rel. Des. Edilson Fernandes, j. 10/03/2015).

102

Ana Maria Gonçalves Louzada, Alimentos..., 15.

103

Avô paterno. Alegação de fixação dos alimentos provisórios em valor elevado e incompatível com o rendimento percebido pelo agravante. Análise do conjunto probatório dos autos. Inviabilidade da redução. Não provimento do recurso. É cediço que constitui dever legal dos pais prestar sustento, bem como assegurar a plena educação aos filhos menores. No caso dos autos, vê-se que a menor encontra-se sob a guarda de sua genitora, de modo que, afigura-se cabível a pretensão de alimentos em face do avô paterno, ora agravante, eis que o genitor do agravado, conforme informações nos autos, não vem correspondendo com essa obrigação, por se encontrar desempregado e sob o sustento do avô da menor. O art. 1.696 do Código Civil permite que, na impossibilidade de prestação de alimentos pelo genitor, os avós são demandados para complementar o que faltar, ou até mesmo, em caráter excepcional, pagar o valor integral. (...) Recurso improvido. (TJBA, AI 00014845520118050000, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Maria da Purificação da Silva, j. 14/01/2013).

104

Fátima Nancy Andrighi, O reconhecido hábito social "ficar"..., 160.

105

Enunciado 599 do CJF: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do devedor, podendo aplicar medida coercitiva

diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

106

Arnaldo Rizzardo, Direito de família, 684.

107

Alimentos em investigação de paternidade. Pai falecido. Irmã. Art. 1.697 do CC. Não é juridicamente impossível o pedido de alimentos deduzido pelo autor em face da irmã unilateral, o qual encontra respaldo nos arts. 1.694 e 1.697 do CC. Mérito. O mesmo caráter subsidiário previsto para a obrigação alimentar avoenga vige para a obrigação alimentar entre irmãos. Assim, somente na falta de ascendentes e descendentes cabe a obrigação alimentar aos irmãos, germanos ou unilaterais, conforme dispõe o art. 1.697 do CC. Possuindo o menor/autor mãe jovem e plenamente apta para o trabalho e avó materna, com quem reside, descabe o pensionamento alimentar imputado à ré, não obstante a ausência de possibilidade da ré em pensionar o irmão menor. Apelação provida. (TJRS, AC 70036261386, 7.ª C. Cív., Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 24/11/2010).

108

Thiago Felipe Vargas Simões, Alimentos e parentesco socioafetivo, 67.

109

Maria Berenice Dias, Manual das sucessões, 45.

110

Agravo regimental em recurso especial. Ação de alimentos proposta por sobrinha em relação à tia. Inexistência de obrigação legal. 1. Segundo o entendimento deste Tribunal, a obrigação alimentar decorre da lei, que indica os parentes obrigados de forma taxativa e não enunciativa, sendo devidos os alimentos, reciprocamente, pelos pais, filhos, ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, não abrangendo, consequentemente, tios e sobrinhos (CC, art. 1.697). 2. Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1.305.614/DF (2012/0016182-1), 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17/09/2013).

111

Ana Maria Gonçalves Louzada, Alimentos, 15.

112

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito das famílias, 632.

113

Rolf Madaleno, Curso de direito de família, 646.

114

Belmiro Pedro Welter, Alimentos no Código Civil, 255.

115

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Direito das famílias, 632.

116

Embargos de declaração. (...) 2. Não há falar em obrigação alimentar solidária do genro em relação à sogra, pois sem amparo na legislação vigente, uma vez não se cogita de prestação de alimentos entre afins. Inteligência dos arts. 1.696 e 1.697 do CC. 3. Deferida liminar para suspender o desconto de alimentos da folha de pagamento do impetrante. Embargos de declaração acolhidos, com efeito infringente, deferida a liminar postulada no mandamus. (TJRS, ED 70053579322, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 13/03/2013).

117

Luís Paulo Cotrim Guimarães, Obrigação alimentar na justiça federal, 330.

118

Alimentos provisórios. Binômio necessidade/disponibilidade entre alimentando e alimentante no momento de sua fixação. Razoabilidade da majoração dos alimentos provisórios e de deferimento de alimentos compensatórios também em valor provisório. Por se tratar de alimentos, não se deve afastar a regra básica na sua fixação, tomando por base os elementos e circunstâncias que se apresentem em obediência ao princípio maior contido no binômio necessidade/disponibilidade, respectivamente entre alimentando e alimentante. No caso concreto, demonstra-se que o pai e ex-marido alimentante deixou de contribuir com qualquer auxílio direto e indireto para as despesas da ex-mulher e filhas menores, e levando-se em conta o estado anterior de sustento e conforto em que estas viviam e o que deve, por iterativa jurisprudência e forte em doutrina, ser preservado em situação mais próxima possível daquele. Ressalta-se a demonstração de manter o alimentante

elevado padrão de vida social, econômico e financeiro, que era, também, o das alimentadas, as quais, sofreram considerável diminuição nestes aspectos. E também não se contesta que o agravado continua na posse e administração exclusiva dos bens do casal. Tudo a justificar a majoração dos alimentos provisórios e a fixação, ainda que parcial e por antecipação, de alimentos compensatórios, na forma legal. (TJMG, AI 1.0382.14.000327-0/001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 20/05/2014).

119

Pedido de antecipação de tutela de alimentos compensatórios. Postergação da análise para sentença. Inadequação. Postergação. Os alimentos, por sua própria natureza, guardam uma alta carga de urgência e imediatidade. Quem pede alimentos para agora, ao menos em tese, necessita agora, e não apenas daqui a algum tempo. Por isso é de suma importância - de rigor até - que o pedido de fixação de pensionamento provisório seja imediatamente apreciado, e não apenas daqui a algum tempo, por ocasião da prolatação da sentença. Indeferimento. O comportamento judicial, postergando a fixação para sentença, quando há pedido liminar, concretamente, significa o reconhecimento, pelo juízo, da falta dos requisitos que autorizam solução já ao início do feito. Nesse passo, de uma forma ou de outra, o pedido, da forma como foi pedido pela parte agravante ao juízo de primeiro grau, restou indeferido. Contudo, considerando a natureza dos alimentos, já se tem, ao menos com que haja prova ou indícios fortes, a garantia, por si só, da urgência. Por isso, é de rigor o imediato enfrentamento dos termos e, se for o caso, fixar os alimentos. (...) Deram Parcial Provimento. (TJRS, AI 70055166227, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 15/08/2013).

120

Rolf Madaleno, Curso de direto de família, 952.

121

Indenização compensatória, também chamada pela doutrina de alimentos compensatórios. Tutela antecipada que é dever do juiz quando presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Hipótese em que há prova da verossimilhança em relação ao vultoso patrimônio partilhável todo sob a administração do agravado, bem com do risco de dano de difícil reparação da falta de rendimentos da agravada que nada administra, cuidava do lar e dos filhos e não possui renda própria. Partilha que se antevê difícil e demorada, justificando-se a concessão como fator de equilíbrio entre quem administra e quem não administra o patrimônio comum. Prova que permite seja determinado o pagamento de R$ 15.000,00 mensais à agravante, que não se confunde com alimentos já fixados à família e cujo total que for pago

será deduzido ao tempo da partilha. Recurso provido em parte para conceder a tutela antecipada em proporção menor do que o pedido. (TJSP, AI 2069126-55.2013.8.26.0000, 4ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Maia Da Cunha, j. 13/02/2014).

122

Separação judicial. Pensão alimentícia. Binômio necessidade/possibilidade. Art. 1.694 do CC. Termo final. Alimentos compensatórios (prestação compensatória). Possibilidade. Equilíbrio econômico-financeiro dos cônjuges. Julgamento *extra petita* não configurado. Violação do art. 535 do CPC não demonstrada. 1. A violação do art. 535 do CPC não se configura na hipótese em que o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida nos autos, não incorrendo em omissão, contradição ou obscuridade. Ademais, a ausência de manifestação acerca de matéria não abordada em nenhum momento do iter processual, salvo em embargos de declaração, não configura ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ação de alimentos, a sentença não se subordina ao princípio da adstrição, podendo o magistrado arbitrá-los com base nos elementos fáticos que integram o binômio necessidade/capacidade, sem que a decisão incorra em violação dos arts. 128 e 460 do CPC. Precedentes do STJ. 3. Ademais, no caso concreto, uma vez constatada a continência entre a ação de separação judicial e a de oferta de alimentos, ambas ajuizadas pelo cônjuge varão, os processos foram reunidos para julgamento conjunto dos pedidos. A sentença não se restringiu, portanto, ao exame exclusivo da pretensão deduzida na ação de oferta da prestação alimentar. 4. Em tais circunstâncias, a suposta contrariedade ao princípio da congruência não se revelou configurada, pois a condenação ao pagamento de alimentos e da prestação compensatória baseou-se nos pedidos também formulados na ação de separação judicial, nos limites delineados pelas partes no curso do processo judicial, conforme se infere da sentença. 5. Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação. 6. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o status social similar ao período do relacionamento. 7. O Tribunal estadual, com fundamento em ampla cognição fático-probatória, assentou que a recorrida, nada obstante ser pessoa jovem e com instrução de nível superior, não possui plenas condições de imediata inserção no mercado de trabalho, além de o rompimento do vínculo conjugal ter-lhe ocasionado nítido desequilíbrio econômico-financeiro. 8. Recurso especial

parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para fixar o termo final da obrigação alimentar. (STJ, REsp 1.290.313/AL (2011/0236970-2), 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12/11/2013).

123

Rolf Madaleno, A intributalidade da pensão alimentícia, 32.

124

Revisão de alimentos. União estável. Partilha. Alimentos compensatórios, indenizatórios e de mútua assistência. Prova. I - Os alimentos são devidos quando demonstradas a necessidade de quem os pede e a possibilidade de quem os presta. Art. 1.695 do CC. II - A partilha desigual de bens foi compensada por pensão alimentícia, não havendo prova de mudança na situação fática que justifique sua revisão. III - Apelação da ré provida. (TJDF, AC 20140910102667, 6ª T. Cív., Rel. Des. Vera Andrighi, j. 26/11/2014).

125

A referência legal tem explicação histórica: a Lei de Alimentos é anterior à Lei do Divórcio; assim, quando foi editada, o regime legal era o da comunhão.

126

Recurso especial. Direito de família. Alimentos. Pedido de exoneração. Pendência de partilha obstada pelo recorrido. Princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Patrimônio comum do casal sob a exclusiva posse e administração do alimentante. Peculiaridade apta a ensejar o restabelecimento da obrigação alimentar enquanto a situação perdurar. *Periculum in mora inverso*. 1. A obrigação alimentícia deve ser mantida enquanto pendente a partilha do patrimônio comum do ex-casal manifestamente procrastinada pelo ex-cônjuge recalcitrante, que se encontra na exclusiva posse e administração dos bens e não coopera para que a controvérsia seja dirimida judicialmente. 2. A prestação alimentícia deve ser proporcional às necessidades da beneficiária e aos recursos do alimentante (CC 1.694, § 1.º), configurando direito fundamental de grau máximo para o alimentário, por lhe garantir a existência digna, de modo que a presença de periculum in mora inverso justifica a medida que afasta a tutela antecipada. 3. O perigo da demora deve ser avaliado de forma igualitária para ambas as partes. 4. O casamento estabelece uma plena comunhão, cujo consectário não é apenas o entrelaçamento de vidas, mas também de patrimônios, que deve ser entendido com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (CC 1.511), com o fim da vida em comum pela ausência do ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial, há a cessação do regime de bens. 5. A administração do

patrimônio comum da família compete a ambos os cônjuges (CC 1.663 e 1.720), presumindo a lei ter sido adquirido pelo esforço comum do casal, sendo certo que o administrador dos bens em estado de mancomunhão tem a obrigação de prestar contas ao outro cônjuge alijado do direito de propriedade. 6. Atenta contra a igualdade constitucional conferir indistintamente, na constância do casamento, a qualquer dos consortes a administração exclusiva dos bens comuns, motivo pelo qual, após a ruptura do estado condominial pelo fim da convivência, impõe-se a realização imediata da partilha, que, uma vez obstada, justifica o restabelecimento da obrigação alimentar transitória enquanto perdurar a situação excepcional. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1.287.579-RN, 3º T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/06/2013).

127

Ação de divórcio. Pedido de alimentos compensatórios. (...) I - Cabível a fixação de alimentos compensatórios a ser repassados pelo varão que, depois de rompida a relação, permanece na administração do patrimônio ou usufruindo dos bens comuns, de forma exclusiva, como forma de compor eventual desequilíbrio patrimonial, o que se verifica na hipótese dos autos. (...) Deram parcial provimento. (TJRS, AI 70066259540, 7.ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 25/08/2015).

128

Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Alimentos compensatórios. Prisão civil. A dívida de alimentos compensatórios não conduz à prisão civil. Negaram provimento ao recurso. (TJRS, AI 70060142320, 8.ª C. Cív., Rel. Alzir Felippe Schmitz, j. 17/07/2014).

129

[129]*Habeas corpus* preventivo. Execução de alimentos compensatórios. Ameaça de prisão civil. Natureza indenizatória dos alimentos fixados. Segregação justificável somente nos casos de inadimplemento de dívida de caráter alimentar propriamente dito. Inteligência do art. 5.º, LXVII, da CF. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. (...) (TJSC, HC 2012.064736-2, Rel. Des. Denise Volpato, j. 25/09/2012).

130

Pensão alimentícia devida a ex-cônjuge e fixação, ou não, de termo final. Em regra, a pensão alimentícia devida a ex-cônjuge deve ser fixada por tempo determinado, sendo cabível o pensionamento alimentar sem marco final tão somente

quando o alimentado (ex-cônjuge) se encontrar em circunstâncias excepcionais, como de incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. Precedentes citados: REsp 1.290.313-AL, 4.ª T, *DJe* 7/11/2014; REsp 1.396.957-PR, 3.ª T, *DJe* 20/6/2014; e REsp 1.205.408-RJ, 3.ª T, *DJe* 29/6/2011. (STJ, REsp 1.496.948/SP, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03/03/2015).

131

[131]Alimentos. Exoneração. Inexistência de alteração no binômio necessidade/ possibilidade. 1 - Os alimentos devidos entre ex-cônjuges serão fixados com termo certo, a depender das circunstâncias fáticas próprias da hipótese sob discussão, assegurando-se, ao alimentado, tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, *status* social similar ao período do relacionamento. 2 - Serão, no entanto, perenes, nas excepcionais circunstâncias de incapacidade laboral permanente ou, ainda, quando se constatar a impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. 3 - Em qualquer uma das hipóteses, sujeitam-se os alimentos à cláusula *rebus sic stantibus*, podendo os valores ser alterados quando houver variação no binômio necessidade/possibilidade. 4 - Se os alimentos devidos à ex-cônjuge não forem fixados por termo certo, o pedido de desoneração total, ou parcial, poderá dispensar a existência de variação no binômio necessidade/possibilidade, quando demonstrado o pagamento de pensão por lapso temporal suficiente para que o alimentado revertesse a condição desfavorável que detinha, no momento da fixação desses alimentos. 5 - Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.205.408/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/06/2011).

132

Recurso especial. Ação de dissolução de união estável. Alimentos transitórios. Necessidade transitória. Curso de mestrado. (...) 2. Alimentos transitório, de cunho resolúvel, são obrigações prestadas, notadamente entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, em que o credor, em regra pessoa com idade apta para o trabalho, necessita dos alimentos apenas até que se projete determinada condição ou ao final de certo tempo, circunstância em que a obrigação extinguir-se-á automaticamente. 3. Na hipótese dos autos, o pagamento da mensalidade referente à pós-graduação era possível, no curso da sociedade conjugal, em razão da condição financeira do casal. 4. Após a ruptura da sociedade conjugal, embora ex-companheira exerça atividade laboral, seu salário tornou-se insuficiente para arcar com os custos referentes ao mestrado, motivo pelo qual são devidos alimentos transitórios, até a conclusão do curso de pós-graduação. (...) 6. Recurso especial

parcialmente conhecido e não provido. (STJ, REsp 1.388.955-RS, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/11/2013).

133

Ação de alimentos. Ex-cônjuge. Verba anteriormente fixada por tempo determinado. Termo final condicionado à conquista de trabalho remunerado. Não concretização. Desempenho de serviço autônomo. Renda claramente insuficiente. Necessidade. Persistência. Capacidade do alimentante. Comprovação. Obrigação mantida. Recurso provido. Na fixação de alimentos, a obrigação, como regra, deve ser cumprida enquanto existir a necessidade do alimentando. Assim, fixados alimentos em favor do ex-cônjuge por prazo determinado, mas condicionando-se o termo final da obrigação à conquista de trabalho remunerado, impõe-se analisar, no momento oportuno, se persiste a necessidade da alimentanda, não havendo falar em cessação automática do encargo. Restando demonstrado nos autos que a ex-esposa, mesmo após o decurso do prazo determinado, não alcançou a efetiva reinserção no mercado de trabalho, em virtude de não possuir qualificação profissional, e de, há muitos anos, já se encontrar afastada do meio, tendo conseguido, apenas, auferir pequena renda com a execução de trabalho autônomo, e se, por outro lado, há prova contundente da capacidade do alimentante, caso é de se manter a verba alimentar outrora fixada. (TJMG, AC 1.0024.09.498104-0/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 29/06/2010).

134

Recurso especial. Processo civil. Execução de alimentos transitórios. Procedimento adequado. Rito da prisão estabelecido no art. 733 do CPC. (...) 2. Discute-se o procedimento adequado à execução de alimentos transitórios. 3. A obrigação de prestar alimentos transitórios - a tempo certo - é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante - outrora provedor do lar -, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. Precedentes. 4. Hipótese em que a fixação de valor elevado da obrigação alimentar está ligada à distinta situação de demora verificada na partilha dos bens do casal, possuindo assim os alimentos natureza jurídica própria, porque estabelecidos em razão de uma causa temporária e específica. 5. Se assim o é, porque dotados de caráter efêmero, os alimentos transitórios ou, mais precisamente, a obrigação à sua prestação imprescindivelmente deve estar acompanhada de instrumentos suficientemente eficazes à sua consecução prática, evitando que uma necessidade específica e temporária se transfigure em uma demanda perene e duradoura ou, ainda, em um benefício que sequer o alimentado queira dele usufruir. 6. Na espécie, a busca, já

longa e cansativa, da recorrente pelo encerramento do vínculo - patrimonial - que ainda nutre, à sua contra vontade, com o recorrido encontra amparo inclusive na Constituição Federal, que assegura a liberdade e a independência da mulher, enquanto ser de iguais direitos e obrigações do homem (CF art. 5.º, *caput* e inc. I). 7. A pretensão da recorrente de demandar pela partilha do patrimônio que lhe é devido deve ser albergada não por altruísmo ou outro sentimento de benevolência qualquer, mas sim pelo fato de ser ela também proprietária do que construiu em igualdade de forças com o recorrido. 8. Impõe-se conceber que, sem prejuízo ao disposto no enunciado n.º 309 da Súmula/STJ, somente o rito da execução cumulado com a prisão (art. 733, CPC)é o adequado para plena eficácia da decisão que conferiu, em razão da desarrazoada demora na partilha de bens do casal litigante, alimentos transitórios em valor suficiente à composição definitiva do litígio instalado entre as partes e, ainda, para que a situação outrora tida por temporária não se eternize no tempo. 9. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.362.113/MG (2013/0005885-4), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/02/2014).

135

Alimentos provisórios. Alimentos "in natura". Alimentos "intuitu personae" - Alimentos "intuitu familiae". (...) Os alimentos "intuitu familiae" são fixados nas hipóteses em que se mostra difícil aferir a exata proporção da necessidade de cada um dos alimentados, tendo em vista que muitas das despesas dos necessitados se confundem, sendo mais razoável o arbitramento da obrigação de forma global. - Os alimentos "intuitu personae" são aqueles fixados atendendo as necessidades específicas do alimentando, individualmente, sem considerar o grupo familiar. (TJMG, AI 10024142907427001, 4.ª C. Cív., Rel. Heloisa Combat, j. 14/04/2015).

136

[136](...) Execução de pensão alimentícia. Acordo judicial determinando o pagamento em cota única, em nome de ambos os filhos, indistintamente. Legitimidade do recorrido para executar todo o valor avençado. Ocorrência, na espécie. Solidariedade que resulta da vontade das partes. Recurso especial parcialmente provido. (...) III - No caso dos autos, a solidariedade ativa para a execução do valor da pensão alimentícia resulta de vontade das partes, sendo o recorrido legitimado para executar todo o valor da pensão alimentícia, devendo este, posteriormente, ser repartido entre o recorrido e seu irmão maior, na medida das necessidades de cada um. IV - Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.068.038-RS (2008/0133962-0), Rel. Min. Massami Uyeda, j. 14/04/2011).

137

(...) Fixada a verba alimentar em prol da mulher e filhos (estes atualmente maiores de idade), sem individualização da quota-parte de cada beneficiário, entende-se que foi fixada *intuitu familiae*. Assim, a alteração de seu montante exige a participação de todos os alimentandos na lide, em face do litisconsórcio passivo necessário. (TJRS, AC 373988-88.2011.8.21.7000, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23/11/2011).

138

Ação de exoneração de alimentos. Sentença *extra petita*. Nulidade. Descabimento. Redimensionados os alimentos ao filho maior, interditado, portador de esquizofrenia. 1. Não há que se falar em sentença *extra petita*, quando ocorre a redução da verba alimentar em ação exoneratória, porquanto a redução é um *minus* do que foi buscado, restando implícito ao pedido exoneratório a redução do valor prestado. (...) Recurso desprovido. (TJRS, AC 70059892570, 7º C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 11/06/2014).

139

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 384.

140

Ação revisional de alimentos. (...) 1. A fixação da obrigação alimentar deve ser realizada com observância de seu trinômio formador: necessidade, possibilidade e proporcionalidade.2. O princípio da proporcionalidade, norteador da obrigação alimentar, consubstancia-se em ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, guardando relação com a capacidade econômica do alimentante e necessidade do alimentando. (TJPR, AI 11671388, 12.º V. Cív., Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 17/09/2014).

141

Gilmar Ferreira Mendes, Curso de direito constitucional, 114.

142

Alice de Souza Birchal utiliza essa expressão, mas em inversa ordem: necessidade-possibilidade-proporcionalidade. (A relação processual dos avós no direito de família:..., 54).

143

Alimentos provisórios. Fixação do valor e percentual sobre o salário. Incidência sobre verbas não remuneratórias. Possibilidade. 1. Recurso especial voltado para

determinar se os alimentos provisórios, fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do alimentante, incluem adicionais, abonos e participação nos lucros. (...) 3. As variações positivas na remuneração total do alimentante, de regra, não terão impacto no valor dos alimentos, salvo se as necessidades do alimentado, constatadas inicialmente, não tiverem sido supridas integralmente, ou ainda, quando houver superveniente alteração no elemento necessidade. 4. Supridas as necessidades legalmente preconizadas pelo valor já pago, e não sendo os alimentos provisórios, provisionais ou *pro tempore*, cota de participação no sucesso do alimentante, razão não há para que o aumento dos rendimentos do alimentante, mormente aqueles oriundos de verbas não regulares, tenha reflexos proporcionais no monte destinado aos alimentos. 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.261.247-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 26/04/2013).

144

Ação de alimentos. Quebra de sigilo fiscal e bancário do alimentante e da firma individual em seu nome. Em processos relativos ao direito de família não caracteriza quebra do sigilo fiscal e bancário solicitar a declaração do imposto de renda e/ou cópia de extratos da conta bancária do alimentante. Ademais, ao julgador, como destinatário da prova, incumbe determinar aquelas necessárias ao deslinde da controvérsia. (...) Agravo interno desprovido. (TJRS, Ag. 70040956880, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 23/02/2011).

145

Alimentos. Execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade. Penhora da renda de empresa em que o agravante é cotista. Evidente fuga da obrigação de pagar. Existindo indícios acerca da ocorrência de fraude à execução justifica-se a desconsideração da personalidade jurídica. Recurso a que nega seguimento, com base no art. 557 do CPC. (TJRJ, AI 0020461-37.2013.8.19.0000, 12.º C. Cív., Rel. Des.. Cherubin Helcias Schwartz, j. 26/04/2013).

146

Enunciado 573 do CJF: Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

147

[147] Ação declaratória de reconhecimento e dissolução de união estável c/c guarda c/c alimentos c/c regulamentação de visitas. Tutela antecipada. Alimentos provisórios. Majoração. Sopesamento do binômio necessidade-possibilidade.

Elevados rendimentos do genitor aliados aos 'sinais exteriores de riqueza'. Recurso parcialmente provido. (TJPR, AI 11971510, 12.º C. Cív., Rel. Des. Mário Helton Jorge, j. 03/09/2014).

148

CPC, arts. 2.º, 128 e 460.

149

Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens. Pedido de alimentos, formulado pela ex-companheira, em nome próprio, em favor dos filhos. Alegação de ilegitimidade. Afastamento. Ilegitimidade superveniente, decorrente da maioridade de um dos filhos atingida no curso do processo. Afastamento. Fixação da pensão alimentícia. (...) Na ação em que se pleiteiam alimentos em favor de filhos menores, é destes a legitimidade ativa, devendo o genitor assisti-los ou representá-los, conforme a idade. A formulação, porém, de pedido de alimentos pela mãe, em nome próprio, em favor dos filhos, em que pese representar má técnica processual, consubstancia mera irregularidade, não justificando o pedido de anulação de todo o processo, se fica claro, pelo teor da inicial, que o valor solicitado se destina à manutenção da família. Ilegitimidade ativa afastada. A maioridade do filho menor, atingida no curso do processo, não altera a legitimidade ativa para a ação. (...) (STJ, REsp 1.046.130-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 21/10/2009).

150

Rolf Madaleno, A execução de alimentos do relativamente incapaz, 685.

151

Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 60.

152

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Ministério Público dos estados. Legitimidade recursal no âmbito do STJ. Nova orientação jurisprudencial. (...) Ação de alimentos. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 201, III, do ECA. Possibilidade. Serviço de Defensoria Pública prestado apenas duas vezes na semana na comarca situada no interior do Estado da Bahia. Precedente específico da 3.ª Turma do STJ. 1. O Ministério Público dos Estados possui legitimidade para atuar perante os Tribunais Superiores, devendo o Procurador-Geral de Justiça ser intimado pessoalmente das decisões de seu interesse. (...) 3. "No caso em tela, os autos revelam tratar-se de menor com poucos recursos, que reside em uma Comarca prejudicada pela deficiente estrutura

estatal, na qual só existe Defensoria Pública em certos dias da semana conforme declarou o próprio defensor público, conforme transcrição do Acórdão. Assim, é evidente a dificuldade de localização de advogados que patrocinem os interesses dos jurisdicionados hipossuficientes, de modo que negar a legitimidade do recorrente somente agravaria a já difícil situação em que se encontra o menor, carente e vulnerável" (AgRg no REsp 1245127/BA, 3.ª Turma, Min. Sidnei Beneti, *Dje* 07/12/2011). 4. Nos termos da jurisprudência, a competência para julgar conflito de atribuição entre Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal recai sobre o Supremo Tribunal Federal. Precedentes do STF e do STJ. (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.262.864-BA, 3.ª T., Re. Min. Paulo De Tarso Sanseverino j. 13/05/2014).

153

Súmula 99 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

154

Recurso especial. Direito civil e processual civil. Ação de execução de alimentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. (...) 2. Discute-se a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação/execução de alimentos em benefício de criança/adolescente cujo poder familiar é exercido regularmente pelo genitor e representante legal. 3. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de execução de alimentos em favor de criança ou adolescente, nos termos do art. 201, III, do ECA, dado o caráter indisponível do direito à alimentação. 4. É socialmente relevante e legítima a substituição processual extraordinária do Ministério Público, na defesa dos economicamente pobres, também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública. 5. Recurso especial provido. (STJ , REsp 1.269.299-BA, 3º T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/10/2013).

156

A exceção fica por conta da união estável. Assim, o convivente, para buscar alimentos, necessita ter provas pré-constituídas da relação, para fazer uso da ação de rito especial. Caso contrário, precisará cumular o pedido de alimentos com a ação de reconhecimento da união estável.

157

Fernanda Tartuce, Processo civil aplicado ao direito de família, 79.

158

Agravo regimental. Ação revisional de alimentos. Foro competente. Domicílio do alimentando. 1. Conforme jurisprudência assente nesta Corte, a regra de competência prevista no artigo 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem por objetivo a proteção do interesse do menor, é absoluta e deve ser declarada de ofício, mostrando-se inadmissível sua prorrogação. 2. Ademais, tendo em conta o caráter absoluto da competência ora em análise, em discussões como a dos autos, sobreleva o interesse do menor hipossuficiente, devendo prevalecer o foro do alimentando e de sua representante legal como o competente tanto para a ação de alimentos como para aquelas que lhe sucedem ou lhe sejam conexas. 3. "A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda" (Súmula 383 do STJ). 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 240.127/SP (2012/0211777-3), 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03/10/2013).

159

Conflito negativo de competência. Revisão de alimentos. Competência relativa. Declinação de ofício. Domicílio do autor. Inaplicabilidade. Escolha. Foro do ajuizamento. Legalidade. 1. Não pode o juiz declinar de ofício da competência relativa, impondo ao autor demandar no foro do seu domicilio, em flagrante prejuízo ao seu acesso à Justiça. 2. Tratando-se de hipótese de competência relativa, a sua modificação só pode ocorrer por vontade das partes. 3. Conflito negativo de competência acolhido e declarado competente o Juízo suscitado. (TJDF, CCP 20140020120788/DF 0012164-40.2014.8.07.0000, 1.ª C. Cív., Rel. Gislene Pinheiro, j. 14/07/2014).

160

Súmula 1 do STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

161

Competência de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para julgar execução de alimentos por ele fixados. O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem competência para julgar a execução de alimentos que tenham sido fixados a título de medida protetiva de urgência fundada na Lei Maria da Penha em favor de filho do casal em conflito. De fato, em se tratando de alimentos, a regra geral é de que serão fixados perante as varas de família. Ocorre que a L 11.340/2006, em seu art. 14, estabelece que os "Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos (...) com competência cível e criminal, poderão ser criados (...) para o processo, o julgamento e a execução

das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher", sem especificar as causas que não se enquadrariam na competência cível desses juizados, nas hipóteses de medidas protetivas decorrentes de violência doméstica. Portanto, da literalidade da lei, é possível extrair que a competência desses juizados compreende toda e qualquer causa relacionada a fato que configure violência doméstica ou familiar e não apenas as descritas expressamente na referida lei. E assim é, não só em razão da lei, mas também em razão da própria natureza protetiva que ela carrega, ou seja, é a sua *naturalia negotii*. O legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, o fez para que a mulher pudesse contar não apenas com legislação repressiva contra o agressor, mas também visando criar mecanismos céleres protetivos, preventivos e assistenciais a ela. Negar o direito à celeridade, postergando o recebimento de alimentos com alteração da competência para outro juízo, quando o especializado já os tenha fixado com urgência, seria o mesmo que abrir ensejo a uma nova agressão pelo sofrimento imposto pela demora desnecessária, geradora de imensa perplexidade, retrocessos inaceitáveis perante Direitos de Terceira Geração. Saliente-se que situação diversa seria a das Comarcas que não contem com Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, mas apenas com juízos criminais. Aí sim, estes teriam competência apenas para o julgamento de causas criminais, cabendo às Varas Cíveis ou de Família a fixação e julgamento dos alimentos. (STJ, REsp 1.475.006-MT, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 14/10/2014.

162

(...) 3. Nas demandas alimentarias, segundo a melhor doutrina, vem se adotando o entendimento de se inverter a divisão tarifada dos encargos probatórios (CPC 333), ou seja, à parte autora caberá tão somente comprovar a obrigação do réu de prestar-lhe alimentos (art. 2.º da Lei de alimentos), cabendo ao alimentando o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, bem como de provar seus rendimentos, por não dispor o alimentando de acesso a tais dados.4. No caso em exame, apesar de o agravante trazer à baila parte de seus rendimentos, quedou-se inerte quando intimado a demonstrar os meios pelos quais se utiliza para manter tantos bens imóveis de sua propriedade e o alto padrão de vida ostentado. 5. Através dos elementos fático-probatórios carreados aos autos, entende-se serem razoáveis os alimentos compensatórios arbitrados pelo juízo a quo, destinatário da prova, a quem incumbe a valoração da mesma, devendo os referidos alimentos serem pagos até a homologação da partilha dos bens. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TJRJ, AI 00104305520138190000, 20.º C. Cív., Rel. Des. Flávia Romano de Rezende, j. 31/07/2013).

163

Divórcio. Alimentos aos filhos comuns. Alimentos compensatórios pela administração exclusiva do patrimônio comum. Não cabe reduzir o valor dos alimentos fixados aos filhos e nem dos alimentos compensatórios pela administração exclusiva do patrimônio comum. O agravante não provou, e no rigor sequer chegou a dizer qual era o seu rendimento mensal, ou o alcance de suas possibilidades, de forma que não há falar ou cogitar em excesso. Por outro lado, a declaração de renda do agravante dá conta de vultoso patrimônio, avaliado em mais de 1 milhão de reais, nos quais está incluída quantia em espécie de mais de 300 mil reais. Ou seja, o agravante é evidentemente pessoa de largas possibilidades e considerável poderia econômico. Por fim, não há negativa de que as empresas sejam patrimônio comum, nem de que o agravante esteja na administração exclusiva do patrimônio, e ainda veio afirmação do agravante dizendo que sempre custeou e pretende continuar custeando todas as despesas do filho (o que faz projetar reconhecimento tácito de que a agravada era sustentada pelo agravante). Negaram provimento. (TJRS, AI 70060499787, 8.º C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 21/08/2014).

164

Gelson Amaro de Souza, Alimentos provisionais,..., 18.

165

Alimentos provisórios concedidos antes da citação. Termo inicial. Data da fixação. Os alimentos provisórios, concedidos *initio litis*, são exigíveis desde a data da sua fixação, independentemente da citação do devedor. Precedentes desta Corte e do STJ. Diante disso, correto o cálculo efetuado a partir da data em que fixada a verba, sendo desnecessária a comprovação da data da citação. Negado seguimento ao agravo de instrumento. (TJRS, AI 70039800123, 7.º C. Cív., Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 10/11/2010).

166

Súmula 226 do STF: Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede.

167

. Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 30.

168

Agravo regimental no recurso especial. Família. Ação revisional de alimentos. Sentença. Apelação. Efeito devolutivo. Art. 520, II, do CPC. Ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial. Decisão mantida. 1. A apelação interposta de sentença que condena à prestação de alimentos será recebida apenas no efeito

devolutivo (art. 520, II, do CPC). 2. "A jurisprudência da Seção de Direito Privado pacificou-se no sentido de atribuir efeito devolutivo à apelação não importando se houve redução ou majoração dos alimentos" (AgRg nos EREsp n. 1.138.898/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, j 25/05/2011, *DJe* 02/06/ 2011). (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1.236.324/SP (2011/0018455-0), 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11/11/ 2014).

169

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 531.

170

STJ, REsp 1.106.654-RJ (2008/0261750-0), Rel. Des. conv. do TJBA Paulo Furtado, j. 25/11/2009.

171

Décimo terceiro salário como base de cálculo de pensão alimentícia. Desde que não haja disposição transacional ou judicial em sentido contrário, o décimo terceiro salário não compõe a base de cálculo da pensão alimentícia quando esta é estabelecida em valor fixo. Isso porque os alimentos arbitrados em valor fixo devem ser analisados de forma diversa daqueles arbitrados em percentuais sobre "vencimento", "salário", "rendimento", "provento", entre outros ad valorem. No primeiro caso, a dívida consolida-se com a fixação do valor e periodicidade em que deve ser paga, não se levando em consideração nenhuma outra base de cálculo, desde que não haja disposição transacional ou judicial em sentido contrário (STJ, REsp 1.332.080-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T, j.18/12/2014).

172

Direito de família. Alimentos. Base de cálculo. Percentual fixado sobre os rendimentos líquidos do devedor. Horas extras. Incidência. 1. O valor recebido pelo alimentante a título de horas extras, mesmo que não habituais, embora não ostente caráter salarial para efeitos de apuração de outros benefícios trabalhistas, é verba de natureza remuneratória e integra a base de cálculo para a incidência dos alimentos fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do devedor. 2. Recurso não provido. (STJ, REsp 1.098.585-SP, 4.º T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 29/08/2013).

173

Enunciado 14 do IBDFAM: Salvo expressa disposição em contrário, os alimentos fixados *ad valorem* incidem sobre todos os rendimentos percebidos pelo

alimentante que possua natureza remuneratória, inclusive terço constitucional de férias, 13.º salário, participação nos lucros e horas extras.

174

Recurso especial. (...) 4. A desvinculação da participação nos lucros operada pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7.º, inc. XI, não teve o condão de alterar a essência dessa rubrica a ponto de descaracterizá-la, tendo objetivado primordialmente incentivar a sua utilização pelos empregadores, desonerando-os quanto à integração do seu valor ao salário e ao pagamento de diferenças reflexas em outras parcelas trabalhistas, além dos encargos sociais. 5. Dessarte, a despeito dessas verbas serem desvinculadas do conceito de remuneração, configuram-se como rendimento, porquanto geram acréscimo patrimonial, devendo integrar a base de cálculo dos alimentos. (...) 12. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.332.808/SC (2012/0141639-9), 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18/12/2014).

175

Revisão de alimentos. Incidência sobre participação nos lucros. Cabimento. 1. O percentual da pensão de alimentos deve incidir sobre todos os ganhos salariais do alimentante, incluindo-se as horas extras, as eventuais gratificações e todas as verbas de caráter não indenizatório, devendo incidir também sobre o 13.º salário e o terço de férias. 2. Os alimentos não incidem sobre as verbas rescisórias de caráter indenizatório e FGTS. 3. Há incidência da pensão também sobre o prêmio de participação nos lucros e sobre a remuneração variável, sendo o recurso manifestamente improcedente. Recurso desprovido. (TJRS, AI 0477160-41.2014.8.21.7000, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 02/12/2014).

176

Alimentos. FGTS. Penhora. Possibilidade. 1. O princípio da dignidade da pessoa humana abarca o fundamento da impenhorabilidade do FGTS, ao mesmo tempo em que subsidia a penhorabilidade de tal quantia para pagar dívida de natureza alimentar. 2. Em casos tais, deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, de modo que a impenhorabilidade prevista na lei 8.036/90 deve ser mitigada. 3. Agravo conhecido e provido. (TJDFT - AI 20130020239009AGI, Relator Silva Lemos, 3.ª T. Cív., j.12/03/2014).

177

[177] Maria Terezinha Nunes, A integral proteção à criança e ao adolescente..., 38.

178

Rolf Madaleno, A intributabilidade da pensão alimentícia, 26.

179

.Regulamento do Imposto de Renda - D 3.000/99 4.º, 5.º e 78

180

Maria Terezinha Nunes, A integral proteção à criança e ao adolescente..., 48.

181

Rolf Madaleno, A intributabilidade da pensão alimentícia, 30.

182

Execução de alimentos. Incidência sobre restituição do imposto de renda. Os alimentos fixados sobre os rendimentos líquidos do alimentante incidem também sobre a restituição do imposto de renda, uma vez que houve retenção excessiva e os valores restituídos possuem natureza salarial. (TJRS, AC 70011822806, 7.º C. Cív., Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 27/07/2005).

183

STJ, REsp 958.513-SP, 4.ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22/02/2011.

184

Ação de alimentos. Impossibilidade de prestação alimentícia pelo genitor. Complementação pelos avós. Possibilidade. Chamamento ao processo dos avós maternos. Litisconsórcio passivo necessário. Precedentes do STJ. Restando demonstrado nos autos a impossibilidade do genitor em complementar os alimentos ao filho menor, a teor do disposto no art. 1.698 do Código Civil, podem ser acionados os avós para prestar alimentos ao neto. A obrigação subsidiária dos avós deve ser diluída entre todos os avós paternos e maternos de acordo com suas respectivas possibilidades, devendo ser formado um litisconsórcio passivo necessário entre eles. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (TJMG, AC 10024111525762003/MG, 4.º C. Cív., Rel. Duarte de Paula, j. 22/05/2014).

185

Alimentos. Obrigação avoenga. Chamamento à lide dos avós maternos. Litisconsórcio passivo necessário. Inaplicabilidade para o caso de alimentos. Fixação de alimentos. Encargo próprio de ambos os genitores. 1. Inexiste litisconsórcio passivo necessário entre os avós maternos e paternos, pois a obrigação alimentar é divisível e não solidária. 2. A obrigação de prover o sustento do filho gerado é, primordialmente, de ambos os genitores, isto é, do pai e da mãe, e do pai ou da mãe, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade. 3. O chamamento dos avós é excepcional e somente se justifica quando nenhum dos genitores possui condições de atender o sustento da prole, sendo que os filhos devem desfrutar de padrão de vida assemelhado ao dos pais e não o dos avós. 4. Somente cabe fixar alimentos contra o avô paterno em situação excepcional e em caráter complementar, quando há prova da incapacidade dos pais de atender o sustento da prole e o avô pode contribuir sem afetar as suas condições de vida. Recursos desprovidos. (TJRS, AC 70061369047, 7.º C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29/10/2014).

186

Francisco José Cahali, Dos alimentos, 230.

187

Enunciado 523 do CJF: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado.

188

[188]. Pedro Lino de Carvalho Jr., Da solidariedade da obrigação alimentar..., 51.

189

Ação de alimentos. Filhos maiores e capazes. Obrigação alimentar. Responsabilidade dos pais. Genitora que exerce atividade remunerada. Chamamento ao processo. Art. 1.698 do CC. Iniciativa do demandado. Ausência de óbice legal. Recurso provido. 1. A obrigação alimentar é de responsabilidade dos pais, e, no caso de a genitora dos autores da ação de alimentos também exercer atividade remuneratória, é juridicamente razoável que seja chamada a compor o polo passivo do processo a fim de ser avaliada sua condição econômico-financeira para assumir, em conjunto com o genitor, a responsabilidade pela manutenção dos filhos maiores e capazes. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, "o demandado (...) terá direito de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada

um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras" (REsp 658.139-RS, 4.ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 13.03.2006). 3. Não obstante se possa inferir do texto do art. 1.698 do CC - norma de natureza especial - que o credor de alimentos detém a faculdade de ajuizar ação apenas contra um dos coobrigados, não há óbice legal a que o demandado exponha, circunstanciadamente, a arguição de não ser o único devedor e, por conseguinte, adote a iniciativa de chamamento de outro potencial devedor para integrar a lide. 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 964.866-SP (2007/0148321-5), 4.ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01/03/2011).

190

Obrigação alimentar avoenga. Pressupostos. Possibilidades do alimentante. Ônus da prova. 1. Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos. 2. O desemprego do alimentante primário - genitor - ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este. 3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós. 4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC. 5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso não provido (STJ, REsp 1.211.314-SP (2010/0163709-4), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/09/2011).

191

Oferta de alimentos. Nulidade da decisão liminar. Inocorrência. Não é nula por extra ou ultra petita a decisão que fixa os alimentos em valor diverso ou superior ao oferecido pelo alimentante na inicial. O pedido de fixação de alimentos é meramente exemplificativo, e, o que norteia a fixação, ainda que provisória, é o binômio necessidade/possibilidade. Por outro lado, o alimentante tem outros dois filhos menores, já paga alimentos para um deles em percentual elevado, não houve angularização processual com o devido contraditório e o valor dos alimentos ofertados é razoável, mostra-se adequada a fixação naquele valor proposto na inicial. Recurso provido em monocrática. (TJRS, AI 70055096085, 8.º C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 14/06/2013).

192

Francisco José Cahali, Oferta de alimentos, 163.

193

Súmula 358 do STJ: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

194

Ação de exoneração de alimentos. Ausência de prova da diminuição das necessidades do alimentado e das possibilidades do alimentante. Necessidade de dilação probatória. 1. No caso, corretamente indeferida a antecipação dos efeitos da tutela, não havendo no instrumento prova alguma a demonstrar que o alimentado efetivamente esteja trabalhando e não mais necessite dos alimentos fixados, não sendo a maioridade alcançada, por si só, motivo a ensejar a exoneração dos alimentos. 2. Reclamando a solução da questão dilação probatória, inviável, por ora, o acolhimento dos pleitos exoneratório/redutório, sem prejuízo de que, com a formação do contraditório, tal solução seja revista. Negado seguimento ao agravo de instrumento, em monocrática. (TJRS, AI 70066316464, 8.ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 31/08/2015).

195

[195] Alimentos. Maioridade das filhas alimentandas. Prova de necessidade de receber o pensionamento. (...) 2. A exoneração dos alimentos pagos pelos pais aos filhos não é automática com a maioridade. No caso, a obrigação alimentícia pode persistir, com fundamento não mais na filiação, mas sim no parentesco, e desde que provado que os interessados continuem a ter necessidade de recebê-los. 3. Presume-me a manutenção da necessidade de receber pensão alimentícia enquanto não concluído curso superior. Entretanto, concluída a formação superior, ou já tendo decorrido tempo suficiente para tal, e não havendo outro motivo que o justifique, não podem as filhas maiores continuar a receber alimentos, especialmente quando uma delas já superou os trinta anos de idade. (...) (TJCE, AC 0049225-66.2008.8.06.0001, 3.º C. Cív., Rel. Des. Washington Luis Bezerra De Araújo, j. 28/07/2014).

196

Ação exoneratória de alimentos. Antecipação de tutela. Existência de prova inequívoca da desnecessidade dos alimentos. Ex-cônjuge, que contraiu novas núpcias. Situação que não comporta o pagamento de alimentos pelo ex-marido.

Recurso desprovido. Quando, numa ação exoneratória de alimentos, se pede antecipação de tutela, essa pode ser deferida à vista de prova inequívoca de desaparecimento das causas da manutenção da obrigação. O Código Civil, no art. 1.708, estabelece que o dever de prestar alimentos cessa com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor. Com a referida norma, o legislador pretendeu evitar uma situação de imoralidade, em que o ex-marido fosse obrigado a pagar alimentos à ex-mulher, que está casada com outro homem. (TJMG, AI 10183130027000001/MG, 4.º C. Cív., Rel. Moreira Diniz, j. 20/06/2013).

197

Luiz Felipe Brasil Santos, A obrigação alimentar na perspectiva da ética, 24.

198

Execução de alimentos. Desemprego do alimentante. Liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo judicial. Pagamento parcial. Prisão civil. 1. A alegação de desemprego do devedor não constitui justificativa válida para o inadimplemento do encargo alimentar. Conclusão n.º 46 do CETJRS. 2. O desemprego do devedor não é causa extintiva da obrigação, nem afeta a higidez do título executivo, que permanece sendo líquido, certo e exigível. 3. Se os alimentos estavam fixados em percentual sobre os ganhos, o valor que deve ser considerado para o cálculo da pensão devida é o da última (...). (TJRS, AC 70042732412/RS, 7.ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28/03/2012).

199

Ação de alimentos. Adequação da verba. Pedido de redução. Descabimento. Pensão fixada em caso de desemprego. (...) 3. Desnecessária fixação de pensão alimentícia para o caso de desemprego, de questionável cabimento, visto que, em caso de desemprego, e até que o alimentante revise o titulo judicial, os alimentos seguem devidos segundo o último desconto realizado em folha, como orientam diversos precedentes jurisprudenciais. Sentença reformada, no ponto. Preliminar rejeitada. Apelação parcialmente provida. (TJRS, AC 70065522872, 8.ª C. Cív., Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 03/09/2015).

200

[200] Ação revisional de alimentos. Justificativa afastada. Pagamento parcial da dívida. Alegação de desemprego por parte do executado. Conclusão n.º 23 do CETJRGS. O desemprego do agravante não tem o condão de alterar o cálculo e tampouco afeta a higidez do título executivo líquido, certo e exigível, cabendo ao executado ajuizar ação revisional para adequar, para o futuro, o valor dos

alimentos a sua nova realidade econômica, sendo exatamente nestes termos a decisão agravada, a qual vai mantida por seus próprios fundamentos. Agravo desprovido. (TJRS, AI 70060875887, 7.ª C. Cív., Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 29/07/2014).

201

Súmula Vinculante 25 do STF: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

202

Súmula 419 do STJ: Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

203

Execução. Alimentos vencidos. Penhora sobre valores em conta corrente. Saldo de salário. Possibilidade. 1. Não há irregularidade na penhora determinada, que incidiu sobre pequeno saldo existente na conta corrente, em quantia insuficiente para saldar o encargo alimentar, sendo irrelevante questionar a origem desses valores. 2. Seria cabível, inclusive, a penhora de parte dos vencimentos do devedor para garantir o pagamento da dívida de alimentos, até que a dívida seja integralmente solvida, operando-se a execução nos moldes do que dispõe o art. 734 do CPC. Recurso desprovido. (TJRS, AI 70058425208, 7.º C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 16/04/2014).

204

Execução de alimentos. Interceptação telefônica. Possibilidade. Direito à sobrevivência digna das alimentandas que se sobrepõe ao direito à intimidade do devedor. Execução que tramita há mais de 12 anos, sem êxito na localização do executado nos endereços declinados (mais de oito locais). Embargos acolhidos. Efeito infringente conferido para alterar o julgado embargado, dando provimento ao Agravo de Instrumento 70047240999. (TJRS, ED 70050246891/RS, 7.ª C. Cív., Rel. Roberto Carvalho Fraga, j. 08/08/2012).

205

Fernanda Tartuce, Processos judiciais..., 962.

206

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Curso de processo civil, 325.

207

Fernanda Tartuce, Processos judiciais,..., 963.

208

Luiz Edson Fachin, Prisão civil do devedor de alimentos no novo CPC

209

[209]*Habeas corpus*. Execução de alimentos. Obrigação alimentar. (...) 3. O atraso de uma só prestação, desde que atual, ou seja, compreendida entre as três últimas devidas, já autoriza o pedido de prisão do devedor. Hipótese em que há inadimplência também de parcelas vencidas após o ajuizamento da execução (Súmula 309/STJ e art. 733, § 1.º, do CPC). 4. Ordem denegada. (STJ, HC 180.099-SP (2010/0134377-2), Rel. Min. Maria Isabel Gallotiti, j. 18/08/2011).

210

Agravo regimental no recurso especial. Família. Alimentos. Embargos a execução. Pagamento *in natura*. Pedido de compensação. Impossibilidade. 1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que fixada a prestação alimentícia, incumbe ao devedor cumprir a obrigação na forma determinada pela sentença, não sendo possível compensar os alimentos arbitrados em pecúnia com parcelas pagas *in natura*. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1.257.779/MG (2011/0095834-8), 4.ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04/11/2014).

211

Execução de alimentos. Compensação. Impossibilidade. Liberalidades não compensáveis. Prosseguimento da execução. Decisão reformada. Os alimentos são prestações destinadas à satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si e têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência, sobrevivência e, portanto, a sua própria dignidade. A obrigação alimentar e o correspondente direito aos alimentos têm características únicas, que os distinguem de todos os outros direitos e obrigações, tanto é verdade que o direito a alimentos, por ser considerado o mínimo necessário à subsistência do Alimentando, não pode ser objeto de compensação - Não se admite compensação dos valores devidos a título de alimentos com outros pagos por mera liberalidade do devedor. Eventual responsabilidade do curador do tutelado/alimentante dever ser aferida pelas vias próprias. (TJMG, AI 10024101261600004/MG, 4.ª C. Cív., Rel. Ana Paula Caixeta, j. 05/09/2013).

212

Habeas corpus. Alimentos. Execução. Prisão civil. Regime prisional. Pretendida continuação da custódia em regime de prisão albergue. A finalidade da prisão civil do devedor de alimentos é coagi-lo ao cumprimento da obrigação. Inexistindo motivos relevantes para a conversão do regime, deve a segregação ser executada em regime fechado. Recurso ordinário improvido. (STJ, RHC 16.824/SC 2004/0155364-8), 4.ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 14/12/2004).

213

Enunciado 20 do IBDFAM: O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar, incorre na conduta descrita no art. 7.º, inc. IV da Lei n.º 11.340/2006 (violência patrimonial).

214

Recurso ordinário em habeas corpus. Prisão civil. Alimentos. 1. A concessão da ordem de habeas corpus depende da demonstração de que a ordem judicial é ilegal, o que se verifica quando o ato não encontra amparo em lei ou tenha sido determinado por autoridade incompetente em processo irregular. 2. A aferição das reais condições financeiras do paciente que, em habeas corpus, busca demonstrar não serem consentâneas com a obrigação de prestar alimentos exige a apreciação de provas, procedimento incompatível na via do habeas corpus. 3. Não é ilegal o decreto prisional que decorre da execução de alimentos na qual se busca o recebimento das três prestações anteriores ao ajuizamento da ação e das que vencerem no curso do processo, como prescreve a Súmula n. 309/STJ. 4. Recurso desprovido. (STJ, HC 48.170/SP (2014/0123911-6), 3.ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28/04/2015).

215

Penhora *on line*. Conta destinada ao recebimento de proventos. Restituição do imposto de renda. Decisão mantida. 1. É possível, de forma excepcional, a realização de penhora de valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de verba de natureza alimentar (como os proventos de aposentadoria) para garantir - nas hipóteses em que se observa que verba penhorada não goza do benefício da impenhorabilidade - a satisfação do crédito do exequente e a eficácia da jurisdição. Precedentes do STJ. 2. A verba relativa à restituição de imposto de renda perde seu caráter de alimentos quando entra na esfera de disponibilidade do devedor, podendo sobre ela recair a penhora quando demonstrado que a constrição não irá comprometer a manutenção digna do executado. 3. Recurso improvido. (TJES, AI 24119019461, 4.ª C. Cív., Rel. Telemaco Antunes de Abreu Filho, j. 23/04/2012).

216

Embargos à penhora. Execução. Dívida alimentar. 1. Cuidando-se de execução de alimentos, o direito do credor prepondera sobre os interesses ou a conveniência do credor 2. É possível a penhora de dinheiro depositado em conta poupança, mesmo que tal quantia seja inferior a 40 salários mínimos, contrariando o disposto no art. 649, X, do CPC, pois se trata de cobrança de verba de natureza alimentar. Recurso desprovido. (TJRS, AC 70062433826, 7.ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 20/11/2014).

217

[217]Denise Donoso e Renato Montana de Sá, Penhora de bens por meio eletrônico, 152.

218

Execução de alimentos. Prisão civil do devedor. Cabimento. Parcelamento da dívida alimentar. Faculdade do credor. (...) 2. Sendo a dívida alimentar líquida, certa e exigível, e restando indemonstrada a impossibilidade absoluta de pagar os alimentos, é cabível o decreto de prisão civil, que não constitui medida de exceção, senão providência prevista na lei para tornar efetiva a execução de alimentos que tramita na forma procedimental do art. 733 do CPC. 3. O parcelamento da dívida não constitui direito do devedor, mas faculdade do credor que tem o direito público subjetivo de promover a execução dos alimentos devidos na forma do art. 733 do CPC, na qual não tem incidência o disposto no art. 745-A do CPC. Recurso parcialmente provido. (TJRS, AI 70060780897, 7.ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 15/08/2014).

219

Alberto Camiña Moreira, Parcelamento do art. 745-A:..., 32.

220

Jaqueline Mielke Silva, A nova execução de títulos executivos extrajudiciais, 128.

221

Súmula 144 do STJ: Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.

222

Galeno Lacerda, Execução de título extrajudicial e a segurança do juízo, 12.

223

Paulo Hoffman, Sobrevivência da exceção de pré-executividade..., 563.

224

Apelação criminal. Crime contra a assistência familiar. Abandono material. Art. 244, "caput", do Código Penal. Réu que deixa de quitar integralmente as prestações da pensão alimentícia devidas ao filho menor. Sentença absolutória. Recurso do Ministério Público. Pleito pela condenação do réu. Possibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Inversão do ônus da prova. Réu que deve comprovar a justa causa para deixar de pagar os alimentos. Ausência desta comprovação. Dolo específico que se verifica presente. Condenação que se impõe. (...) Recurso conhecido e provido. (TJSC, ACr 2013.001425-0, 2.ª C. Crim., Rel. Des. Subst. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 05/11/2013).

225

Idem, 322.

226

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Alimentos e direito penal:..., 322.

227

Rolf Madaleno, A execução de alimentos pela via da dignidade humana, 260.

228

Rodrigo da Cunha Pereira, Teoria geral dos alimentos, 14.

229

Súmula 358 do STJ: O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

230

Alimentos. Agravo regimental. Filho maior de idade. Súmula 358/STJ. 1. "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos" (Súmula 358/STJ). 2. No caso, trata-se de execução de alimentos, havendo as instâncias

ordinárias preconizado que, em momento algum, houve a notícia de que o alimentante tenha promovido ação de exoneração de alimentos em face de sua filha. Também ficou registrado que não houve qualquer decisão judicial, nem de contraditório, a determinar a extinção alimentar. 3. Logo, nos termos da referida Súmula 358/STJ, não é possível, nesta oportunidade, concluir pela pretendida exoneração dos alimentos, pois não foi propiciada à alimentanda a oportunidade de comprovar se efetivamente ainda deles necessita, mesmo que ela conte com idade mais avançada. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 398.208/RJ (2013/0319134-2), 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/11/2013).

231

Valor da prestação alimentar em face de constituição de nova unidade familiar pelo alimentante. A constituição de nova família pelo devedor de alimentos não acarreta, por si só, revisão da quantia estabelecida a título de alimentos em favor dos filhos advindos de anterior unidade familiar formada pelo alimentante, sobretudo se não houver prova da diminuição da capacidade financeira do devedor em decorrência da formação do novo núcleo familiar. Precedentes citados: REsp 703.318-PR, Quarta Turma, *DJ* 1.º/8/2005; e REsp 1.027.930-RJ, Terceira Turma, *DJe* 16/3/2009. (STJ, REsp 1.496.948/SP, 3.ª T, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03/03/2015).

232

Rolf Madalen, Curso de Dieito de Família, 1.100.

233

[233]Leonardo de Faria Beraldo, Alimentos no Código Civil, 58.

234

Agravo regimental. Direito de família. Alimentos. Artigo 13, § 2.º, da Lei 5.478/68. Retroação à data da citação. 1. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp 1.181.119/RJ, pacificou o entendimento segundo o qual os alimentos definitivos fixados na sentença prolatada em revisional de alimentos, independentemente de se tratar de aumento, redução ou exoneração, retroagem à data da citação, nos termos do art. 13, § 2.º, da Lei 5.478/68, com a ressalva de que os valores já pagos são irrepetíveis e não podem ser objeto de compensação com prestações vincendas. (...)3. Agravo regimental não provido. (STJ, Ag. Reg. no REsp 1.412.781/SP, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, p. 25/04/2014).

235

Habeas corpus. Execução de alimentos. Alimentos definitivos fixados em montante inferior aos provisórios. Prisão do alimentante. Possibilidade restrita ao débito referente aos alimentos definitivos. Diferença a ser cobrada com base no art. 732 do CPC. Súmula 309/STJ. Aplicação. Ordem concedida. 1. A prisão civil de devedor de alimentos, no caso de fixação, pela sentença, de alimentos definitivos em valor inferior aos provisórios, somente será admitida diante do não pagamento com base no novo valor, estabelecido pela sentença. 2. Cumprida a obrigação alimentar limitada ao valor das prestações vencidas no importe de 3 (três) salários mínimos mensais, correspondentes aos alimentos definitivamente fixados, a diferença entre eles e os provisoriamente arbitrados deve ser buscada nos termos do artigo 732 do Código de Processo Civil, afastando-se a medida coercitiva de privação da liberdade. 3. Ordem concedida. (STJ, HC 271637/RJ (2013/0178095-1), 3.ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24/09/2013).

236

Fernanda Tartuce, Processo civil aplicado ao direito de família, 203.

237

Divórcio litigioso. (...) Pedido de alimentos formulado pela ré em contestação. Desnecessidade de reconvenção. Verba alimentar devida. (...) O pedido de pensão alimentícia pode ser feito no curso da ação de divórcio, no bojo da própria contestação, sendo desnecessária a apresentação de reconvenção. Os alimentos que decorrem do rompimento do vínculo matrimonial possuem traços peculiares, pois a obrigação decorre do dever de assistência mútua, inexistindo obrigação de um cônjuge manter o outro. Demonstrado que a requerida não tem condições de prover o próprio sustento tem direito ao pensionamento. O valor dos alimentos deve observar as necessidades da alimentanda e a capacidade financeira do alimentante. Primeiro e segundo apelos providos em parte. (TJMG, AC 10074130003242001/MG, 4.ª C. Cív., Rel. Heloisa Combat, j. 28/08/2014).

238

Exoneração de alimentos. Filho que atingiu a maioridade e que apresenta aproveitamento irregular em curso universitário. Sentença que fixou a data de provável formatura como termo final da obrigação alimentar. Recurso do alimentando. Alegação de julgamento extra petita. Insubsistência. Pedido de majoração feito em contestação. Inviabilidade. Ônus probatório do alimentando. Ausência de prova da necessidade de prorrogação dos alimentos para além do fixado em sentença. Negado o provimento. Em ação de exoneração de alimentos, não se verifica nulidade na sentença que modula os efeitos da decisão, fixando termo final

para a percepção do benefício. Ressalvadas as ações de caráter dúplice, presta-se a contestação, tão-somente, à apresentação de argumentos de defesa e requerimento de produção de prova. Nesse passo, ajuizada ação de exoneração de alimentos, o réu que pretenda, além de resistir à pretensão do autor, requerer a majoração da verba alimentar, deve, ao lado da peça contestatória, protocolizar reconvenção. A prorrogação da pensão alimentícia ao filho que atingiu a maioridade é medida excepcional, justificável quando necessária à conclusão de sua formação profissional. Para configurar tal condição, não basta a mera matrícula em curso de graduação, mas o regular cumprimento das atividades acadêmicas, de modo a efetivamente preparar o jovem para o ingresso no mercado profissional. (TJSC, AC 2014.055797-3, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 09/07/2015).

239

Sérgio Gilberto Porto, Doutrina e prática dos alimentos, 108.

240

Adroaldo Furtado Fabrício, A coisa julgada nas ações de alimentos, 28.

241

Alimentos. Revisão. Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada. Fixados os alimentos desatendendo ao princípio da proporcionalidade, cabível sua revisão, ainda que não tenha ocorrido alteração no binômio possibilidade-necessidade. Não há falar em coisa julgada, quando ocorre desrespeito ao princípio norteador da fixação do encargo alimentar. Agravo desprovido por maioria, vencido o relator. (TJRS, AI 70011932688, 7.ª C. Cív., Rel. p/ acórdão Des. Maria Berenice Dias, j. 27/07/2005).

242

Rodrigo da Cunha Pereira, Divórcio, 276.

243

Lei 13.058, de 28/12/2014.

244

Prestação de contas. Pensão alimentícia. Genitor x genitora, guardiã dos filhos. Alegação de que os filhos não mais se encontram sob a guarda da requerida e que o valor da pensão não chega a eles. Possibilidade, à vista do disposto no art. 1.583, par. 5.º, do CC, com a redação dada pela Lei n. 13.058/14, da solicitação

de informações ou prestação de contas em assuntos ou situações que afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos. Extinção afastada. Apelo provido. (TJSP, AC 1014117-12.2014.8.26.0576, 3.ª C. Dir. Priv., Rel. Donegá Morandini, j. 18/08/2015).

155

Ação de alimentos ajuizada pelo Ministério Público em favor de criança devidamente representada nos autos pela genitora. Legitimidade *ad causam*. Direito indisponível. Interpretação sistemática das normas constitucionais e da L 8.069/90. Doutrina da proteção integral. Sentença anulada. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor ação de alimentos em favor de menor que se encontra devidamente representado pela sua genitora, mesmo que não se encontre em situação de risco. O direito a alimentos é direito individual indisponível, estando, portanto, inserto nas hipóteses que legitimam a atuação do Ministério Público. Observância do disposto no art. 127 c/c o art. 227, da Carta Magna, assim como no art. 201 da L 8.069/90. Interpretação em sentido oposto resultaria em violação às normas constitucionais, assim como a ofensa ao fundamental direito de acesso à justiça. Isto porque, além de se tratar da defesa de direitos indisponíveis, sobressai a necessidade precípua de permitir o livre acesso à justiça, o que, por vezes, tem se mostrado como algo difícil. Apelo conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade ad causam do Ministério Público. (TJBA, AC 0000526-46.2013.8.05.0082, 3.º C. Cív., Rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia, j. 10/12/2013).

29. DIREITO DO IDOSO

SUMÁRIO: 29.1 Tentativa conceitual - 29.2 Doutrina da proteção integral - 29.3 Estatuto do Idoso - 29.4 Idoso na justiça - 29.5 Alimentos - 29.6 Direito de casar - 29.7 Alienação parental e abandono afetivo - 29.8 Tutela e curatela - Leitura complementar.

Referências legais: CF 230; CC 1.641 II e 1.736 II; CPC 53 III *e* e 1.048 I ; L 10.741/03 (Estatuto do Idoso - EI); L 8.842/94 (Política Nacional do Idoso); CP 244; L 11.340/06 (Lei Maria da Penha - LMP) 13.

29.1. Tentativa conceitual

A palavra *velho* é considerada politicamente incorreta e dispõe de conteúdo ofensivo. Daí o uso do vocábulo *idoso* que também guarda conotação pejorativa. Por isso, há uma série de expressões que tentam suavizar a identificação das pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior etc. Até parece que suavizar tais palavras vai fazer alguns anos desaparecer. Mas é quase como a expressão usada com relação aos automóveis. Não mais se usa *carrousado* e sim *seminovo*, ainda que o carro seja o mesmo!

Sempre foi alvo de questionamentos com que idade, afinal, alguém se torna um idoso. Com o advento do **Estatuto do Idoso** esta dúvida se dissipa. É *idoso* quem tem idade igual ou superior a **60 anos** (EI 1.º). Aliás, cabe lembrar que o envelhecimento tornou-se um direito personalíssimo! (EI 8.º).

29.2. Doutrina da proteção integral

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (XXV 1) proclama o direito à *segurançanavelhice*. A Constituição Federal, modo expresso, veda discriminação em razão da idade (CF 3.º IV). Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, ao idoso, participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo o direito à vida (CF 230). Não se refere o preceito, apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas.[1]

Assegurada **assistência social** à velhice, independentemente de contribuição securitária, é garantido ao idoso um **salário mínimo** de benefício mensal, quando comprovado não possuir ele ou sua família condições de prover à própria manutenção (CF 203 V). Determinada a adoção de **políticas de amparo** aos idosos, devem os programas ser executados, preferentemente, em seus lares (CF 230 § 1.º). Também é deferido, aos maiores de 65 anos, transporte gratuito nos coletivos urbanos.

A doutrina da proteção ao idoso, de nítido caráter **assistencialista**, é mais uma tentativa do Estado de desonerar-se de seu dever de proteger seus cidadãos. Como adverte Alice Birchal, outra não pode ser a postura estatal, pois o acanhado e lastimável sistema de previdência social, completamente desestruturado e injusto, não permite solução diferente, senão repassar à família e à sociedade o encargo de cuidar dos idosos.[2]

29.3. Estatuto do Idoso

Para cumprir os desígnios do comando constitucional, o Estatuto do Idoso, em 118 artigos, consagra uma série infindável de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Porém, os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados ainda mais significativos.

O Estatuto se constitui em um **microssistema** e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado. Deve ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção do idoso. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata (CF 5.º § 1.º).

Crianças e idosos encontram-se em polos opostos do ciclo existencial, mas ambos, ainda que por motivos diversos, são merecedores de tutela especial. Da mesma forma como existe lei protetiva da criança e do adolescente, também há lei para o idoso. Ambos, avós e netos, recebem proteção diferenciada. E essa proteção não dispensa criterioso exame da situação contextual em que se inserem seus protagonistas.[3] Os respectivos estatutos (ECA 98 e EI 43) identificam as mesmas situações que colocam crianças e idosos em **situação de risco**: I - ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - falta, omissão ou abuso da família, pais, responsáveis, curador ou entidade de atendimento; e III - sua conduta ou condição pessoal. Assim, como a criança, o idoso também é protegido constitucionalmente.

Além de serem indicados os direitos dos idosos, o Estatuto identifica os obrigados a dar-lhes efetividade (EI 3.º *caput*): a **família**, a **comunidade**, a **sociedade** e o **poder público**.

Além de elencar as garantias de prioridade, também o Estatuto veda qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão (EI 4.º). Gera a **responsabilidade** de pessoas físicas e jurídicas que não observarem as regras de proteção ao idoso (EI 5.º). Fora isso, são assegurados alguns benefícios de ordem econômica: prioridade para aquisição de moradia própria (EI 38); descontos em atividades culturais e de lazer (EI 23); bem como isenção e redução de tarifas nos transportes coletivos públicos (EI 39). Igualmente, é garantido direito à educação, cultura e lazer (EI

20); direito à profissionalização (EI 28) e ao trabalho (EI 26). Quanto à saúde, é deferida atenção integral (EI 15 a 19).

A Constituição prioriza o acolhimento do idoso em seu próprio lar (CF 230 § 1.º), sendo-lhe assegurado o direito à **moradia digna** (EI 37), no seio de sua família natural ou substituta. Para identificar esses conceitos é necessário recorrer ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que define **família natural** como sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (ECA 25). Traz o conceito de família extensa ou ampliada (ECA 25 parágrafo único). Já a **família substituta** nasce da situação de guarda, tutela ou adoção (ECA 28). Encontrando-se o idoso em situação de risco social, cabe seu acolhimento por adulto ou núcleo familiar (EI 36), instituto que equivale à **guarda**.[4] Em vez de tutela, cabe a **curatela**, não havendo qualquer impedimento para que ocorra a **adoção**, instituto que se aplica ao idoso.[5] Assim, está garantido à pessoa idosa o direito à **convivência familiar** e comunitária, mesma prerrogativa de que gozam crianças e adolescentes (CF 227 e ECA 19 ss.).

Nos **programas habitacionais**, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, sendo-lhe reservados 3% das unidades habitacionais, que devem preferentemente situar-se no pavimento térreo (EI 38).

29.4. Idoso na justiça

O Estatuto sugere a criação de **varas especializadas** e exclusivas ao idoso (EI 70).

O conteúdo abrangente do princípio da proteção integral, que impõe à família garantir, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos do idoso, confere **legitimidade** a todos os parentes para representá-lo e defendê-lo em juízo.

Os processos tem **prioridade na tramitação** (EI 71 e CPC 1.048 I). Mesmo com o falecimento da parte, prossegue a prioridade em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente (CPC 1.048 § 3.º).

Visando a facilitar acesso à justiça, é assegurado ao idoso **foro privilegiado** - direito de demandar no foro do seu domicílio (CPC 53 III e) e EI 80). Como se trata de competência territorial, inconveniente a definição da competência como **absoluta**. Deve ser permitido ao idoso abrir mão desta prerrogativa. A expressão legal não consegue afetar a natureza da regra de competência, sob pena de sua intenção protetora ter efeito contrário, podendo desatender aos interesses do autor. Nada pode impedir que alguém, por ter mais de 60 anos, não tenha o direito de propor a ação no domicílio do réu.

O Código de Processo Civil empresta duplo efeito aos **recursos**: devolutivo e suspensivo (CPC 1.012 e 1.013). Mas, em se tratando de ação envolvendo interesse de idoso, pode o juiz agregar **efeito suspensivo** aos recursos que não o tenham (EI 85). Trata-se de faculdade concedida ao juiz e não direito assegurado à parte de impedir o cumprimento da sentença antes mesmo de seu trânsito em julgado.

Como existe a **responsabilização pessoal** de quem não observar as normas de prevenção (EI 5.º), o eventual retardamento no julgamento de uma ação pode gerar a responsabilidade pessoal do juiz.

É outorgada, ao **Ministério Público**, legitimidade para atuar como **substituto processual** (EI 74 III) sempre que o idoso se encontrar em situação de risco (EI 43), sendo obrigatória a sua intervenção em todos os processos, sob pena de **nulidade absoluta** (EI 77 e CPC 279).

A **Lei Maria da Penha** (L 11.340/06) determina a aplicação subsidiária da lei específica relativa ao idoso (LMP 13). Assim, quando a vítima de violência doméstica contar com mais de 60 anos, não há

como aplicar a Lei dos Juizados Especiais. Prevalece sempre a Lei Maria da Penha, em razão de seu caráter ainda mais protetivo. Nesses casos, ainda que a pena máxima cominada ao delito seja inferior a dois anos, jamais se aplica a LJE, nem seu procedimento, nem seus benefícios.

29.5. Alimentos

O direito a alimentos é reconhecido como **direito social** (CF 6.º). Na ausência de condições do idoso bem como de seus familiares de lhe prover o sustento, a obrigação alimentar é imposta ao **poder público**, no âmbito da assistência social (CF 203 e EI 14). Trata-se do **dever de amparo**, nada mais do que a obrigação do Estado de lhe prestar alimentos. Aliás, o valor dos alimentos - pelo menos a quem tem mais de 65 anos - está previamente definido: um salário mínimo mensal (CF 203 V e EI 34).

A obrigação alimentar estipulada por **acordo** referendado pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, constitui título executivo extrajudicial (EI 13). Assim também quando é referendado pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal (CPC 784 IV). Pode ser executada pelo rito da **prisão** (CPC 911).

A mais significativa alteração introduzida pelo Estatuto foi explicitar que a obrigação de alimentos não é somente **solidária**, é **conjunta**, podendo o credor optar entre os prestadores (EI 12). O idoso pode acionar, indistintamente, qualquer dos obrigados. A assertiva solve antiga controvérsia doutrinária. Sempre prevaleceu o entendimento de que a obrigação alimentar entre parentes era subsidiária, divisível e não solidária.[6] Ainda que seja encargo que tenha origem na **solidariedade familiar** (CC 1.695), enorme era a dificuldade de considerar que a obrigação tem igual natureza. O fato de estar condicionada à possibilidade de cada prestador - o que decorre do

princípio da proporcionalidade - não muda a sua natureza. O que estabelece o Código Civil é a **subsidiariedade** da obrigação concorrente (CC 1.696 e 1.697). Em sede de alimentos ao idoso, como o credor pode eleger um dos obrigados, o escolhido não pode **chamar a juízo** os demais obrigados (CC 1.698).

Assegurada de modo inquestionável a solidariedade com relação ao idoso, não há como deixar de invocar a mesma prerrogativa, à obrigação alimentar a favor de **crianças e adolescentes**. Emprestar tratamento distinto a idosos e jovens, que gozam de proteção especial, principalmente com referência ao mesmo direito - direito à subsistência -, é absolutamente inconstitucional.

Passando a obrigação de alimentos a ser regida pela regra da solidariedade (CC 275), necessário reconhecer que surge o **direito de regresso** entre os alimentantes (CC 283). Por exemplo, acionado somente um dos filhos, pode este buscar o reembolso dos demais filhos, pelas respectivas quotas-partes. Tal direito, no entanto, está condicionado à possibilidade de cada um dos devedores solidários. Ainda que a solidariedade ocorra entre todos os parentes, cabe invocar a regra da **proximidade** (CC 1.696) limitando-se o direito ao reembolso no âmbito do mesmo grau de parentesco.

29.6. Direito de casar

Ainda que sejam assegurados todos os direitos e garantias aos idosos, mantém-se contra os mesmos injustificável discriminação. Quem pretender casar após completar 70 anos tem subtraída a plenitude de sua capacidade, pois não pode eleger o **regime de bens** que lhe aprouver. Absurdamente é imposto o regime da **separação legal**, que gera a incomunicabilidade para o passado e para o futuro (CC 1.641 II). Ou seja, o casamento não produz efeitos patrimoniais.

Em se tratando de norma protetiva, o correto seria estabelecer, de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o

vigorante quando os nubentes nada convencionam por meio de pacto antenupcial. Impor o regime da separação obrigatória, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o matrimônio, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças.

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é **inconstitucional**. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à **dignidade**, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.[7]

A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de **curatela** (CPC 747 a 758). O Estatuto da Pessoa com Deficiência veio resgatar a dignidade e assegurar os direitos civis a quem tem limitações físicas ou psíquicas, a ponto de se afirmar que nem existe mais ação de interdição, mas somente **curatela** específica, para determinados atos.[8]

O mais curioso é que pessoas com deficiência podem casar (CC 1.550 § 2.º), manifestando sua vontade por meio de seu representante, sem qualquer restrição quanto ao regime de bens. Mas o fato de alguém ter mais de 70 anos, ainda que seja absolutamente capaz, não tem a mesma liberdade.

A situação de absoluta injustiça levou o STF, já no ano de 1964, a editar a Súmula 377,[9] simplesmente **alterando o regime** imposto pela lei. Ao autorizar a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou o Poder Judiciário tornando o dispositivo legal letra morta, transformando o regime da separação total de bens no **regime da comunhão parcial**.

É vedada a livre escolha do regime de bens quando do casamento do idoso, mas não incide a mesma proibição para a **alteração do regime** (CC 1.639 § 2.º). No entanto, só existe tal possibilidade se o casamento aconteceu antes de um dos noivos ter atingido a idade de 70 anos.

A restrição legal é ao casamento, mas a tendência da jurisprudência é impor a mesma limitação à **união estável**. É feita interpretação analógica para excluir direito.

29.7. Alienação parental e abandono afetivo

Idade avançada não implica em **incapacidade** ou **deficiência**. No entanto, é inegável que traz limitações físicas e psíquicas relevantes. Quando ocorre interferência indevida na livre consciência da pessoa idosa, justifica-se a intervenção estatal. É necessário coibir que alguém próximo ao idoso, que exerce sobre ele algum tipo de influência, aproveite-se de sua fragilidade e passe a programá-lo para que venha a ignorar ou até mesmo odiar seus familiares.

Este processo de desqualificação é geralmente praticado quando alguém constitui outra família. O cônjuge, o companheiro ou os filhos desta nova relação, tentam desqualificar os filhos ou parentes do relacionamento anterior. Com o passar do tempo, quando ele torna-se uma pessoa idosa ou vulnerável, tentam, evitar a convivência com a família anterior. A tendência é o próprio idoso acabar aderindo ao processo de desmoralização e descrédito dos familiares e rejeite qualquer tipo de contato.

Impossível não reconhecer que se trata de **alienação parental**. Ainda que tais práticas sejam objeto de lei especial frente a crianças e adolescentes (Lei 12.318/10), flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição a alguém com quem o idoso tinha alguma afinidade ou afeição, cabe a aplicação das mesmas sanções. Possível, assim, buscar judicialmente o direito de convivência e, inclusive, a

penalização do alienador. Para a fixação do direito de visitas não é necessária a prova da **incapacidade** do idoso ou o decreto de sua **curatela**. A comprovação de sua vulnerabilidade e do uso dessas práticas é o que basta.

Levadas a efeito com relação a crianças, adolescentes, idosos ou pessoas com deficiência, atos de alienação configuram severa violação ao direito fundamental à convivência familiar, prejudicando a subsistência dos vínculos afetivos, a evidenciar verdadeiro **abuso moral**.

A alienação normalmente é praticada quando existe uma relação de confiança, como um familiar, o cuidador ou pessoa que exerce algum tipo de influência em sua vida. Em todas estas circunstâncias, a atuação maliciosa do agente alienador é facilitada em razão da condição de vulnerabilidade do outro.

Com o propósito de provocar o afastamento do idoso do núcleo familiar, são utilizados falsos argumentos, como o de que ele está sendo abandonado ou enganado pela família. Como diz Cláudia Barbedo, as manipulações podem vir de ordens diversas, seja pela imputação falsa de crime a um dos familiares, seja pela desmoralização deles. No primeiro caso, o cuidador implanta na memória do idoso que determinado familiar é ladrão e, por isso, irá, inevitavelmente, roubar o seu patrimônio. No segundo caso, faz campanha desmoralizando os outros familiares no sentido de cessar o interesse do idoso por eles e, com isso, afastá-los da convivência em família.[10]

Como o avançar da idade gera a necessidade de mais cuidados e maior atenção, muitas vezes os idosos passam a ser considerados um estorvo. Os familiares têm suas próprias famílias, precisam trabalhar e, no mais das vezes, não têm mais nem tempo e nem paciência para cuidar de quem os cuidou durante toda uma vida. A terceirização de tais encargos - quer com a contratação de pessoas

nem sempre qualificadas ou a remoção para as chamadas casas de repouso - acaba relegando o idoso ao esquecimento. Filhos, netos e demais parentes deixam de visitá-lo, principalmente quando a comunicação entre eles é dificultada pelas limitações próprias da idade. E a falta de afeto e estímulo só debilita ainda mais quem se tornou frágil e carente com o avanço dos anos. Flagrada esta realidade, há que se reconhecer a ocorrência de **abandono afetivo**, de nefastas consequências já admitidas pela justiça, quando a omissão diz com crianças e adolescentes. Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de **abandono afetivo inverso**: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229. Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos, como reconhece enunciado do IBDFAM.[11]

29.8. Tutela e curatela

É assegurado ao idoso um "privilégio": pode escusar-se do exercício da tutela e da curatela. Ainda que os **ascendentes** tenham **preferência** para serem nomeados tutores (CC 1.731 I), quem tiver mais de 60 anos pode declinar da nomeação (CC 1.736 II). Igualmente, se estiver exercendo a tutoria, no prazo de 10 dias, a contar da data em que atingir tal idade, pode eximir-se do encargo (CC 1.738).

Quanto à curatela, na ausência de cônjuge ou herdeiro, estão contemplados no rol legal os ascendentes para o desempenho desse encargo (CC 1.775 § 1.º). No entanto, ao idoso aproveita o direito de escusa, pois se aplicam à curatela as disposições concernentes à tutela (CC 1.774).

Leitura complementar

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A pessoa idosa e seu direito prioritário à saúde: apontamentos a partir do princípio do melhor interesse do idoso. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 73-86.

BORGES, Alexandre Walmott; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos; MARINHO, Sergio Augusto. O estatuto do idoso - análise sobre a autonomia dos direitos fundamentais da lei em relação aos direitos fundamentais constitucionais. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane, Araújo (coords.). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias.* São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 265-286.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Pessoa idosa no direito de família. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane, Araújo (coords.). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias.* São Paulo: Editora Pillares, 2013. p. 251-263.

________; CASTRO, Diana Loureiro. A releitura do instituto da capacidade à luz da autonomia do idoso nas relações existenciais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 35-60.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos. . 2*. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

INDALENCIO, Maristela Nascimento. O termo de acordo extrajudicial de alimentos em prol da pessoa idosa, seu referendo pelo Ministério Público e aspectos de sua executividade: a possibilidade da prisão civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 05, p. 51-62, ago.-set. 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Katia Cristine Santos de. O papel do idoso no contexto da família contemporânea. In:

PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 343-366.

________; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidades*. São Paulo: Atlas, 2009.

1

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco, 127.

2

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 54.

3

Maria Aracy Menezes da Costa, Os limites da obrigação alimentar dos avós, 233.

4

Oswaldo Peregrina Rodrigues, A pessoa idosa e sua convivência em família, 409.

5

Oswaldo Peregrina Rodrigues, Estatuto do Idoso:..., 778.

6

Yussef Said Cahali, Dos alimentos, 129.

7

Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 223.

8

Paulo Lôbo, Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

9

[9]Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

10

Cláudia Gay Barbedo, A possibilidade de ser estendida a..., 153.

11

Enunciado 10 do IBDFAM: É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

30. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS AVÓS

SUMÁRIO: 30.1 Aspectos históricos - 30.2 Direito à ancestralidade - 30.3 Obrigação alimentar - 30.4 Direito de convivência (visitas) - 30.5 Guarda - 30.6 Tutela e curatela - Leitura complementar.

Referências legais: CC 1.591, 1.594, 1.696, 1.698, 1.731; L 6.015/73 (Lei de Registros Públicos - LRP) 54 8.º; ECA 25 parágrafo único; L 12.398/11; L 12.318/10 (Alienação Parental) 2.º, VI e VII.

30.1. Aspectos históricos

Depois do direito à vida, talvez nada seja mais importante do que o direito à família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade, na feliz expressão de Giselda Hironaka.[1] Todo ser humano pertence a uma família.

Antes a família era **extensa**, formada não só pelos ascendentes e descendentes, mas também por outros parentes e agregados. A feição rural da sociedade exigia força de trabalho. Com a Revolução Industrial a família migrou para os grandes centros. Passou a residir em casas menores e tornou-se **nuclear**: os pais e seus descendentes.

O aumento da perspectiva de vida provocou alterações também na formatação da família. Os idosos não mais podem ser desconsiderados no universo das relações familiares e os avós surgem como uma nova figura em busca de um espaço afetivo.[2]

Esta reconfiguração recebeu o nome de **família extensa ou ampliada**, quando existem vínculos de afinidade e afetividade de

uma criança ou adolescente para com algum parente (ECA 25 parágrafo único).

30.2. Direito à ancestralidade

Ao nascer todo mundo recebe o nome dos pais e dos avós, sinal de identificação de sua ancestralidade. Ao menos é isso que deve figurar no registro de nascimento. Na ausência de algum desses dados, surge o direito de conhecer a origem do grupo familiar, dos vínculos de parentesco. A busca da ancestralidade é um **direito de personalidade**, direito esse que dispõe de proteção constitucional (CF 5.º e 226).[3] Conhecer a sua origem permite saber quem são os pais, os avós e os demais parentes. Mesmo na adoção há o direito de conhecer a origem biológica (ECA 48). Os vínculos familiares são perenes e se estendem ao infinito no parentesco em linha reta (CC 1.591 e 1.594), ainda que, na linha colateral, sejam limitados ao quarto grau (CC 1.592).

Com a repersonalização do direito das famílias, o indivíduo aparece encharcado de direitos, o que tem levado a questionamentos, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre a possibilidade de o filho investigar a sua ancestralidade, ou seja, a **paternidade de seu pai**. A indagação mais frequente é: falecido alguém que nunca buscou identificar sua paternidade, pode o seu filho intentar ação investigatória contra o suposto avô? Será que só o filho pode inquirir seu pai, ou o neto também pode fazê-lo? Tal pretensão parece encontrar óbice na lei (CC 1.606): *A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.* Trata-se do que se chama de **ação personalíssima**. Pelo que está dito, somente na hipótese de alguém falecer menor ou incapaz é que o direito de propor ação investigatória de paternidade passaria a seus herdeiros.

Partindo da expressão legal, a tendência da jurisprudência sempre foi vedar a ação do herdeiro do falecido diretamente contra os avós, buscando identificar a ancestralidade para fins patrimoniais e sucessórios. O fundamento seria a falta de **legitimidade** dos netos para buscar a identificação da verdade biológica com referência ao genitor já falecido. Para tentar solver a controvérsia, cabe questionar qual a extensão da palavra "filiação". Partindo da premissa de que os graus de parentesco, em linha reta, são infinitos, só tendo limite na linha colateral, Alice de Souza Birchal sustenta que é necessário estender o significado de filiação para toda a linha reta e também para a colateral.[4]

A prerrogativa de ver reconhecida a relação de parentesco constitui **direito próprio**, personalíssimo, com relação ao nome e à ancestralidade. Não se cuida de exercício do direito de ação em nome de outrem, ou seja, do neto, em nome do pai, para investigar a paternidade deste frente ao seu genitor. A **açãoinvestigatória de ancestralidade** é proposta pelo neto frente ao avô. O autor age **em nome próprio**, não se tratando de **legitimação extraordinária**. Nem mesmo o equívoco na identificação da ação pode obstaculizar a pretensão. Se o filho não quer exercer seu direito contra o genitor, não se pode proibir que seu filho busque conhecer o avô, sob pena de negar ao neto o exercício de direito **nativo de personalidade**.[5] Não é necessário que o pai já tenha falecido para se reconhecer a legitimidade do neto para propor a ação contra o avô. O ECA não deixa margem a dúvida (ECA 27): *O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.* Assim, não tendo o filho buscado o direito à perfilhação, o neto pode exercer o seu direito personalíssimo ao nome, investigando o avô.[6]

Ainda há severa resistência em sede jurisprudencial, mas o STJ vem consolidando a orientação e ampliando a possibilidade investigatória para que os netos possam dirigir a ação diretamente contra os

avós. Da demanda, no entanto, nem sempre resultam efeitos jurídicos. A tendência sempre foi autorizar a alteração da identidade do investigante e assegurar-lhe algum direito de ordem patrimonial a depender da sua situação familiar. Somente na hipótese de o autor não ter vínculo de filiação, isto é, não desfrutar com relação a ninguém da **posse do estado de filho**, a demanda acarretava o reconhecimento da paternidade para todos os efeitos. Desse modo, além da alteração do nome, fazia jus a direitos outros, tanto no âmbito do direito das famílias, como no campo sucessório. No entanto, se o autor já tem estabelecido um vínculo de **filiação afetiva** com outrem, ou seja, tem um pai, ainda que não seja o seu pai biológico, a sentença não produzia efeitos retificativos do registro de nascimento. Ainda que o filho tenha legitimidade para propor a demanda investigatória da paternidade, a sentença, ao reconhecer a existência da filiação socioafetiva, limitava-se a declarar a existência do estado de filiação. Não produzia efeito constitutivo. Simplesmente reconhecia o direito do autor de conhecer sua identidade, sem que tal enseje repercussão de qualquer ordem.

No entanto, de modo significativo e reiterado vem a jurisprudência reconhecendo o direito à **multiparentalidade** e, via de consequência, o registro em nome de mais de um pai ou mais de uma mãe, desde que comprovada a existência da posse de estado de filho com relação a quem não é o genitor biológico. Deste modo alguém pode ter mais de dois pais e de quatro avós. O registro dispõe de todos os efeitos, inclusive sucessórios.

Nestas decisões a **eficácia da sentença** não está subordinada à inexistência da filiação afetiva. Mesmo na hipótese de o filho desfrutar desta condição com relação ao pai registral, o vínculo biológico é também reconhecido para todos os efeitos. A resistência que ainda persiste é de natureza patrimonial: como o autor já tem um pai - vínculo de origem afetiva -, não poderia obter o reconhecimento judicial de que tem outro pai - o pai biológico -, pois ficaria com duplo vínculo de filiação. Com isso poderia, por exemplo, perceber direitos

sucessórios de ambos os genitores, o que, absurdamente, é reconhecido como inaceitável.

30.3. Obrigação alimentar

Tanto a Constituição Federal (229) como o Código Civil (1.696) reconhecem a reciprocidade da obrigação alimentar entre pais e filhos, obrigação que se estende a todos os **ascendentes**, recaindo sempre nos mais próximos. Se o pai que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer aqueles de grau imediato (CC 1.698). Tais dispositivos legais deixam claro que a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições destes, transmite-se aos seus ascendentes, isto é, aos avós, que são os parentes em grau imediato mais próximo.

No entanto, a jurisprudência insiste em ignorar essas normas sob o fundamento de que a obrigação é dos pais e, na omissão de um deles, o ônus passa para o outro genitor. Somente se nenhum dos dois tiver condições de prover ao sustento dos filhos é que se poderia invocar a responsabilidade dos avós.[7] Assim, contra clara disposição legal, vem sendo afastada a obrigação complementar e subsidiária dos ascendentes.[8] O fato de a lei fazer uso da palavra **pais**, no plural, ao atribuir-lhes o poder familiar, não quer dizer **ambos os pais**, e sim **qualquer dos pais**.

O avô que tem condições econômicas só deve ser chamado a contribuir, quando seu filho deixar de atender à obrigação de sustento do neto. O fato de o detentor da guarda ter algum rendimento não pode excluir a responsabilidade do ascendente. De todo injustificável submeter uma criança a viver limitada à acanhada disponibilidade de seus genitores, quando possui avô que pode complementar a carência dos pais. Cabe invocar o princípio da **proporcionalidade** entre os ganhos do guardião e a situação econômica do

ascendente. Se o pai não estiver pagando nada ou estiver pagando pouco, cabe chamar o avô para complementar o encargo. O fato de o genitor, que tem o **filho** sob sua guarda, auferir alguma renda não afasta a responsabilidade dos ascendentes em alcançar alimentos ao neto.

A obrigação alimentar dos avós está condicionada mais às **necessidades** dos netos do que às **possibilidades** dos avós. Assim, o só fato de o avô desfrutar de boa situação financeira não significa que o encargo alimentar deve ser fixado de forma proporcional aos seus ganhos. O limite é o quanto o neto necessita para atender a suas necessidades, as quais os pais não conseguem suprir. Os alimentos visam à manutenção do alimentado, e não ao seu enriquecimento.[9]

Quando o filho sabe que o pai não tem condições de pagar-lhe alimentos, pode entrar com a ação contra o pai e o avô, formando um **litisconsórcio facultativo sucessivo eventual**. Comprovada a impossibilidade do pai, já ocorre a condenação do avô, o que em muito agiliza o recebimento dos alimentos.[10]

Quer pela natureza excepcional, subsidiária e complementar da obrigação dos avós, quer por se tratarem de pessoas com mais idade, o fato é que sempre repercute desfavoravelmente na mídia quando é de decretada a **prisão dos avós** por inadimplemento da obrigação alimentar. Daí a tendência de relativizar a apenação.[11]

30.4. Direito de convivência (visitas)

Quando a Constituição e o ECA asseguram o direito à **convivência familiar**, não estabelecem limites. Como os vínculos parentais não se esgotam entre pais e filhos, o direito de convivência estende-se aos avós e a todos os demais parentes, inclusive aos colaterais. Além do direito de crianças e adolescentes desfrutarem da

companhia de seus familiares, há também o direito dos avós de conviverem com seus netos.[12] O direito de visitas entre avós e netos já era reconhecido pela jurisprudência, antes mesmo ser incluído no Código Civil (1.589 parágrafo único) e consagrado na Lei da Alienação Parental (L 12.318/10 2.º VI e VII).

Trata-se de direito que atende ao **melhor interesse** da criança,[13] vislumbrando-se indícios de **alienação parental** a resistência injustificada dos genitores. Tem fundamento no seu direito de personalidade de ser visitada por seus ascendentes, não só pelos avós, como também pelos bisavós, irmãos, tios, primos, padrinhos, enfim, por toda e qualquer pessoa que lhe tenha afeto.[14]

30.5. Guarda

A guarda dos filhos é uma atribuição dos pais no exercício do **poder familiar** (CC 1.634 II). Como há situações em que essa convivência não vem em proveito dos filhos, muitas vezes ocorre a **suspensão** (CC 1.637) ou a **perda** (CC 1.638) do **poder familiar** em relação a ambos os genitores. Igualmente, quando da separação do casal, constatada a inconveniência de os filhos permanecerem na companhia de qualquer dos genitores, a guarda deve ser atribuída a outrem. Nesses casos, cabe ao juiz deferir a guarda da criança ou o adolescente com algum parente a quem revele compatibilidade com a natureza da demanda, considerando, de preferência, o **grau de parentesco** e as relações de **afinidade** e **afetividade** (CC 1.584 parágrafo). O ECA (25 parágrafo único) traz o conceito de **família extensa ou ampliada** e prevê a possibilidade de a guarda ser deferida a outras pessoas na falta eventual dos pais (ECA 33 § 2.º).

Nas hipóteses de os pais não estarem aptos ao exercício do poder familiar, os avós são os primeiros convocados. Talvez não haja pessoas mais indicadas para exercer esse encargo, ao menos em caráter provisório. Como os avós não podem adorar o neto,

destituídos os pais do poder familiar, talvez melhor atenda ao interesse do neto que seja ele encaminhado à adoção. Há que se atentar se a permanência na estrutura da família biológica não vai gerar-lhe maiores prejuízos. O passado sempre estará presente em sua vida e ele não terá alguém para chamar de mãe ou de pai.

Além disso, a guarda é uma relação por demais insegura. Não gera direito de qualquer ordem. A sacralização exacerbada dos vínculos biológicos nem sempre corresponde ao melhor interesse de quem tem direito à convivência familiar.

Quando crianças ou adolescentes estão na guarda de fato dos avós, dúvidas surgem sobre qual é o **juízo competente** para solver controvérsias, se a vara de família ou a vara da infância e da juventude. Não havendo situação de risco (ECA 98), estabelecendo-se a demanda entre os partícipes da entidade familiar, o juiz da família é o competente.

Com frequência avós buscam a guarda dos netos com a só finalidade de assegurar-lhes **direitos previdenciários**. A justificativa é que o neto vive com eles. Mas muitas vezes o objetivo verdadeiro é garantir o futuro do neto quando do falecimento dos avós, transferindo o dever de sustento aos cofres públicos.

É admissível o acolhimento do pedido de guarda dos netos pelos avós quando os pais também são menores e estão sujeitos ao poder familiar. Nessa hipótese é de se deferir a guarda por tempo determinado, ou seja, até os pais adimplirem a maioridade. Fora isso, não cabe transmitir ao Estado o dever de prover o sustento de alguém que tem pais com a obrigação de guarda e de sustento. Mas quando o neto se encontra na companhia exclusiva dos avós, atende o seu ao melhor interesse deferir-lhes a guarda do neto.[15]

Como a **guarda compartilhada** é prioritária, nada impede que seja estabelecida esta modalidade entre os pais e os avós.

30.6. Tutela e curatela

De forma expressa (CC 1.731), são eleitos os **ascendentes** como primeiros legitimados para o exercício da tutela, caso os pais não procedam à nomeação de tutor. Quanto à curatela, é deferido a parentes próximos o direito de requerê-la (CC 1.768 e CPC 747 II). Os ascendentes constam do rol dos legitimados para o seu exercício (CC 1.775 § 1.º), podendo ambos os avós serem nomeados curadores de netos incapazes, pois é possível a concessão da **curatela compartilhada** a mais de uma pessoa (CC 1.775-A).

.

Leitura complementar

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 41-60.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Oslimites da obrigação alimentar dos avós*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DIAS, Luciano Souto; SOUZA, Figueiredo Talita. Alimentos avoengos: a obrigação conjunta dos avós paternos e maternos pela prestação alimentícia aos netos. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 62, p. 107-126, mar./abr. 2015.

SEREJO, Lourival. Direito dos avós. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM; Belo Horizonte, Magister, ano XIII, n. 25, p. 65-76, dez.-jan. 2012.

1

Giselda Hironaka, Direito civil: estudos, 21.

2

Lourival Serejo, Direito dos avós, 76.

3

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 43.

4

Alice de Souza Birchal, A relação processual dos avós no direito de família:..., 45.

5

Belmiro Pedro Welter, Investigação de paternidade: legitimidade passiva na ação, 33.

6

Idem, 34.

7

Ação de alimentos. Pedido formulado em face dos avós paternos. Obrigação alimentar dos avós. Natureza sucessiva e complementar pressupostos para a fixação do encargo. Não configuração. Pedido julgado improcedente. Recurso desprovido. O legislador determinou uma ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade de prestar alimentos, obrigando-se primeiramente os parentes mais próximos em grau e, somente na falta ou na impossibilidade destes de prestá-los, a obrigação recai sobre os parentes mais remotos, obedecendo-se a ordem legal. Nessa perspectiva, "a responsabilidade dos avós, na prestação de alimentos, é sucessiva e complementar a dos pais, devendo ser demonstrado, à primeira, que estes não possuem meios de suprir, satisfatoriamente, a necessidade dos alimentandos" (AgRg no Ag 1010387), sem o que o pedido de alimentos formulado em face dos avós deve ser julgado improcedente. (TJMG, AC 10024096394630001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 18/02/2014).

8

Ação de alimentos intentada contra avô paterno. Demonstração nos autos da possibilidade da genitora do autor de arcar com o seu sustento. Mãe que recebe pensão pela morte do genitor do autor no valor de 1 salário mínimo e exerce atividade remunerada (agricultora). Não preenchimento dos requisitos para configuração da obrigação alimentar do avô, que é de caráter subsidiário e complementar. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. 1. A obrigação alimentar dos avós tem caráter exclusivo, subsidiário, complementar e não-solidário,

cabível somente quando demonstrada a impossibilidade dos genitores em cumprir com o dever legal decorrente do poder familiar. A falta de condições, a que alude o art. 1.698 do Código Civil, deve ser interpretada pelas seguintes situações: "(i) ausência propriamente dita (aquela judicialmente declarada, a decorrente de desaparecimento do genitor ou seu falecimento); (ii) incapacidade de exercício de atividade remunerada pelo pai e (iii) insuficiência de recursos necessários para suprir as necessidades do filho" (STJ, Resp 579385/SP, Relª Ministra Nancy Andrighi, j. em 26.08.2004). 2. Demonstrado nos autos que, embora falecido o genitor do autor, sua genitora possui plenas condições de, por seu trabalho e pela pensão mensal previdenciária que recebe, prover-lhe o sustento, nenhuma razão há para se estender a obrigação alimentar ao avô paterno. 3. Descabida, ademais, qualquer discussão acerca das condições financeiras do avô, uma vez que o que se deve buscar garantir ao menor é um padrão de vida condizente com o de seus genitores e não do avô. (TJSC, AC 20140363596, 3.ª C. Dir. Cív., Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 14/07/2014).

9

Maria Aracy Menezes da Costa, Os limites da obrigação alimentar dos avós, 69.

10

Luciano Souto Dias e Talita Figueiredo Souza, *Alimentos avoengos*:..., 125.

11

Ação de execução de alimentos avoengos pelo rito do artigo 733, CPC. Pagamento parcial. Decisão que indefere a prisão civil dos avós paternos e que determina o prosseguimento do feito mediante atos expropriatórios. Pretensão de imposição de coerção pessoal desarrazoada no caso. Medida de caráter excepcional. Princípio da menor restrição possível. Artigo 620, CPC. (...) Decisão mantida. (...) Recurso conhecido e não provido. (TJPR, AI 941.399-6, 12ª C. Cív., Rel. Rosana Amara Girardi Fachin, j. 03/07/2013).

12

[12] Regulamentação de direito de visita avoenga. Decisão que defere tutela antecipada à pretensão da avó. Insurgência da mãe do adolescente, ao argumento de que este por ser portador de enfermidade mental não será bem atendido pela agravada. Parecer psicológico favorável ao direito de visitação. Prerrogativa tanto da avó como do próprio neto. Desdobramento do direito fundamental à convivência familiar, consagrado constitucionalmente. Asseguramento do melhor interesse do adolescente. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido. A ordem

constitucional consagra a prioridade do interesse da criança e do adolescente, devendo suas necessidades receberem todo o cuidado e a atenção. O menor de idade é cidadão, sujeito de direitos, devendo estes serem respeitados. O atual paradigma familiar segue os princípios da afetividade e da solidariedade, o que deve sempre ser observado. Os avós são parte da família do menor de idade, de modo que têm direito à sua visita, caso tal seja do melhor interesse do infante. (TJSC, AI 20120761404, 6.ª C. Dir. Cív., Rel. Des. Ronei Danielli, j. 17/07/2013).

13

Regulamentação de visitas requerida pela avó materna. Deferimento. O direito de visita dos avós encontra-se positivado - Parágrafo único do art. 1.589, do CPC -, devendo tal ajuste atentar aos interesses da criança acima de todos os demais, princípio que deve orientar e reger qualquer decisão judicial em matéria envolvendo crianças e adolescentes. No caso, embora a avó materna apresente comportamento por vezes invasivo na vida dos apelantes, há que estimular o convívio dela com a neta, como forma de fortalecer vínculos familiares, observando-se, todavia, os interesses da criança. As visitas devem ocorrer de forma supervisionada pelo avô materno, que mantém vínculo amistoso com o casal e com a neta, conforme evidenciado pela prova técnica (avaliação psicológica). Negaram provimento. Unânime. (TJRS, AC 70064251259, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 02/07/2015).

14

[14] Sílvio Neves Baptista, *Guarda compartilhada*, 48.

15

STJ, REsp 945.283/RN, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/09/2009.

31. TUTELA

SUMÁRIO: 31.1 Tentativa conceitual - 31.2 Doutrina da proteção integral - 31.3 Estatuto da Criança e do Adolescente - 31.4 Compartilhada - 31.5 Espécies: 31.5.1 Documental; 31.5.2 Testamentária; 31.5.3 Legítima; 31.5.4 Dativa - 31.6 Impedimentos - 31.7 Direito de recusa - 31.8 Manifestação do tutelado - 31.9 Encargos - 31.10 Ação de nomeação do tutor - 31.11 Exercício - 31.12 Prestação de contas - 31.13 Cessação - 31.14 Destituição - Leitura complementar.

Referências legais: CC 932 II, 1.523 IV, 1.720 parágrafo único, 1.728 a 1.766, 1.775-A, 2.040; L 8.069/90 (ECA) 28, 36 a 38, 40, 44, 164, 201 III e IV, 249; CPC 759 a 763; CP 92 II, 248 e 249; L 8.213/91 (Lei dos Benefícios da Previdência Social) 16 §§ 2.º e 4.º; L 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) 89 a 91.

31.1. Tentativa conceitual

Durante a menoridade, o ser humano precisa de quem o proteja, defenda e administre seus bens. Os protetores naturais são pai e mãe. Crianças e adolescentes não dispõem da plena capacidade civil. Até os 16 anos, são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil (CC 3.º). Dos 16 aos 18 anos incompletos, a limitação da capacidade é relativa à prática de determinados atos (CC 4.º I). Em face da ausência da plena capacidade, é necessário que outrem supra tal carência. Assim, os **absolutamente incapazes** necessitam ser **representados** e os **relativamente capazes** precisam ser **assistidos** (CPC 71). O Estado confere aos pais esse encargo, outorgando-lhes o que se chama de **poder familiar** (CC 1.630). Trata-se de ônus que compete a ambos os pais, ainda que não mantenham vida em comum. Na ausência de um deles, o poder familiar é exercido pelo outro, com exclusividade (CC 1.631).

Deixando a criança ou o adolescente de estar sob o poder familiar dos genitores, é preciso que outrem se responsabilize por ele. Na ausência de ambos os pais, a representação é atribuída ao **tutor**, que ocupa o lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental.[1] Tal ocorre no caso de morte dos pais, por terem eles sido declarados ausentes, ou, ainda, quando tenham "decaído", por perda ou suspensão do poder familiar.[2] Assim, o tutor é investido dos poderes necessários para a proteção que os genitores não podem dispensar.

Esta obsoleta figura está mais do que na hora de ser banida do sistema jurídico. Nada, absolutamente nada justifica manter este arcaico instituto, impregnado de forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a **doutrina da proteção integral** que a Constituição consagra e o Estatuto da Criança e do Adolescente minuciosamente regulamenta.

Como refere Silvio Rodrigues, a preocupação da lei é principalmente com o **órfão rico**, pois o instituto trata, primeiramente, da preservação de seus bens.[3]

Em vez de banir a tutela do sistema jurídico, o ECA procura despatrimonializá-la. Considera a tutela como uma modalidade de colocação em **família substituta** (ECA 28). Submete a indicação feita pelos pais ao controle judicial (ECA 37). A tutela só é atribuída ao nomeado se não existir outra pessoa em condições melhores de assumi-la. Também a medida precisa ser reconhecida como vantajosa (ECA 37 parágrafo único).

A tutela é um **múnus público** que dispõe de uma estrutura de caráter jurídico-familiar,[4] por isso a preferência na nomeação de **parentes** para zelar por uma pessoa menor de idade e administrar os seus bens. Até se poderia dizer que a tutela é um sucedâneo do poder familiar.[5] Tem gênese idêntica à da autoridade parental, não

consistindo apenas na preservação do patrimônio do menor. Há também a responsabilidade pela **educação** e pelo aperfeiçoamento do tutelado. Assim, o encargo só pode ser exercido por **pessoa física**. Mas o protutor pode ser pessoa jurídica (CC 1.743).

O tutor é titular de um **poder-dever** sobre a pessoa e os bens do pupilo. Trata-se de um poder mais limitado do que o poder familiar exercido pelos pais, pois o legislador parte da premissa de que estes têm um compromisso maior para com os filhos em decorrência do próprio vínculo de filiação. Tanto é assim que os pais são usufrutuários dos bens dos filhos (CC 1.689 I), condição de que o tutor não desfruta. Daí a constante fiscalização das atividades do tutor. Regula a lei, de forma minuciosa, seus encargos, deveres e obrigações, gerando responsabilidade civil e penal a quem não cumpre com exatidão o encargo que lhe é deferido.

Reveste-se de extrema fragilidade o vínculo que se estabelece entre tutor e tutelado, sendo deferida a **guarda** de um menor a pessoa que, se não foi escolhida pelos genitores, é algum parente dentro da ordem de preferência indicada pela lei. Não se preocupa o legislador com a necessidade de identificar quem tem melhores condições para exercer tal ônus, encargo que fica a encargo do julgador. Assim, na nomeação do tutor, é imperioso atender ao melhor interesse do tutelado, devendo a tutoria ser atribuída, preferentemente, a quem tem com o menor um elo de afetividade.

Os encargos do tutor são, praticamente, apenas de ordem patrimonial, ou seja, não há comprometimento maior com o caráter protetivo ditado pela Constituição e pelo ECA. Parece que a única preocupação com os aspectos psicológicos é a determinação de dar aos irmãos órfãos um só tutor (CC 1.733). Pelo menos isso: como já não têm pai nem mãe, que permaneçam juntos! Busca o dispositivo manter a união familiar.[6] Porém, a unicidade da tutela não pode ser absoluta, podendo o juiz nomear tutores diferentes para os irmãos, tendo em vista o melhor interesse deles.[7]

O tutor não deve - ou não deveria - ser mero **administrador de bens**, devendo assumir responsabilidades outras. Ainda assim são rarefeitos os ônus atribuídos ao tutor de caráter assistencial ou protetivo. Comprovada a dependência econômica, o tutelado tem direito a **pensão previdenciária** do tutor se dele era dependente.[8]

Cessada a tutela, presta o tutor contas de sua gestão e, a partir daí, nenhum liame subsiste entre ambos, nenhuma responsabilidade, nenhum compromisso, havendo até a possibilidade de o tutor adotar o pupilo (ECA 44). O instituto da tutela não se preocupa com o relevo que se vem dando às relações familiares e à filiação socioafetiva. Não atenta a lei a que a tutela, ao impor a convivência entre tutor e tutelado, tende a gerar um vínculo de tal intensidade entre eles que, muitas vezes, pode o tutelado vir a ter o tutor como seu pai, isto é, adquire a **posse do estado de filho**. Nessa hipótese, impositivo o reconhecimento de **filiação socioafetiva**. Mas o legislador se quedou calado sobre esse tema. Aliás, de forma absurda é admitido o casamento do tutor com o tutelado.

31.2. Doutrina da proteção integral

O instituto da tutela, de forma injustificada, olvidou-se da doutrina da proteção integral (CF 227). A atenção constitucional às pessoas até os 18 anos de idade ensejou sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças, adolescentes e jovens. O ECA é todo voltado ao melhor interesse de quem passou a ser reconhecido como **sujeito de direito**. Atenta mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento. Guarda, tutela e adoção são as formas de colocação de crianças e adolescentes em **família substituta**, sempre com o intuito de proteger integralmente, de garantir a criação, de assegurar boa educação, desenvolvimento e assistência material e moral àquelas pessoas.[9]

Mas, ao tratar da tutela, a nada disso atentou o Código Civil, limitando-se, praticamente, a copiar a legislação anterior, não se adequando sequer à nova terminologia. Insiste em falar em **menor** absoluta ou relativamente incapaz, quando o ECA utiliza a expressão **criança**, ao se referir à pessoa de até 12 anos incompletos, e **adolescente**, até que complete 18 anos (ECA 2.º).

31.3. Estatuto da Criança e do Adolescente

O ECA remete a instituição da tutela à lei civil. Estão sujeitos à tutela os menores de 18 anos (ECA 36). Quando se confrontam institutos disciplinados na lei civil e no ECA, sempre surge a questão da **competência**. Estando a criança, ou o adolescente ainda que órfão, vivendo no âmbito de uma família, a competência será do juízo das **varas de família**. Mas quando se tratar de nomeação de tutor para quem está em situação de risco (ECA 98), a competência é da justiça da **infância e da juventude**.

Dispõe o **Ministério Público** de legitimidade para propor a ação de nomeação de tutor, bem como para pleitear a prestação de contas (ECA 201 III e IV). Além da tutoria, abre o ECA possibilidades protetivas a crianças e adolescentes afastados do poder familiar: colocação em **família substituta** (ECA 28).

A **suspensão** ou **perda do poder familiar** autoriza a nomeação de tutor. No caso de suspensão, talvez essa possa ser uma solução. Mas, em se tratando de destituição do poder familiar, preferível o encaminhamento à **adoção**, instituto que melhor atende ao direito à convivência familiar. Estando a criança sob o poder familiar, não cabe a tutela, podendo, no entanto, ser deferida a **guarda**, instituto de nítido caráter protetivo. Ainda que haja a possibilidade de o tutor adotar o seu pupilo, indispensável prévia prestação de contas (ECA 44), pois a adoção não pode ser utilizada como subterfúgio para o tutor se livrar de tal encargo.

31.4. Compartilhada

Como o Código Civil diz que, sendo nomeado mais de um tutor, sem indicação de preferência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro (CC 1.733 § 1.º), parece não ser possível a nomeação de **duas pessoas** como tutores. No entanto, não há qualquer óbice a que sejam nomeadas duas pessoas para o desempenho do encargo. A concepção do ECA faz com que o critério tradicional seja revisto,[10] até porque, em muitos casos, melhor atende aos interesses do tutelado passar a conviver com um casal, sejam seus membros casados, vivam em união estável hétero ou homoafetiva. Não admitir tal possibilidade, além de afrontar toda uma nova concepção calcada no princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, escancara o fato de a preocupação da tutela ser exclusivamente com os bens do tutelado, e não com a sua pessoa.

Esta possibilidade foi acolhida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao conferir legitimidade ao juiz para estabelecer a curatela a mais de uma pessoa (CC 1.775-A). Assim, não só pais, mas quaisquer outras pessoas, que sejam parentes ou não do curatelado podem dividir o exercício da tutela.

31.5. Espécies

A nomeação do tutor é **negócio jurídico unilateral** e deve obedecer a forma especial, sob pena de nulidade (CC 107 e 166 IV).[11] A depender do modo de sua instituição, a tutela pode ser:

30.5.1. Documental

O direito de nomear o tutor compete aos pais, em conjunto, bastando que estejam aptos a fazê-lo (CC 1.729). É nula a nomeação feita pelo genitor que, ao tempo de sua morte, não esteja no exercício do poder familiar (CC 1.730). No entanto, não cabe

subtrair eficácia à nomeação se a designação foi feita antes da perda da autoridade parental.

A tutela deve ser instituída através de documento autêntico, firmado por um ou ambos os pais, em conjunto ou separadamente. Assim, pode ser levada a efeito por **escritura pública**, **escrito particular** ou até mesmo por **carta**. Vale qualquer escrito que deixe clara, sem dar margem a dúvidas, tanto a nomeação como a identidade do signatário. Descabe exigir maior rigorismo ao documento, pois o juiz poderá sempre deixar de atender à nomeação, em prol ao melhor interesse dos infantes.[12]

30.5.2. Testamentária

Qualquer dos pais pode instituir a tutela por meio de testamento. Como é vedado **testamento conjunto** (CC 1.863), cada um deve indicar o tutor em instrumentos distintos. Não há qualquer vedação a que a nomeação seja feita por meio de **codicilo** (CC 1.881), que, afinal, nada mais é do que um escrito particular. Por esse mesmo fundamento, há que se reconhecer a validade da nomeação feita em testamento que, posteriormente, seja considerado nulo ou anulável, quando não se macula a vontade quanto à nomeação.[13] Ou seja, basta não haver dúvida sobre a vontade do testador.

Cabe ao tutor, no prazo de 30 dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido de controle judicial do ato (ECA 37). Só será concedida a tutela à pessoa indicada se comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em condições melhores de assumi-la (ECA 37 parágrafo único).

Em vez de nomearem um tutor, podem os pais expressamente **excluir** alguma pessoa para o exercício da tutela, o que a torna incapaz para o encargo (CC 1.735 III). Ainda que a indicação do tutor possa ser feita pelos pais, seu exercício depende da chancela judicial (CPC 749).

Se o pai nomeia tutor, mas a mãe - que passa a exercer o poder familiar - sobrevive, a nomeação não tem efeito, e vice-versa.[14] O tutor indicado assume o encargo quando o genitor sobrevivente morre ou perde o poder familiar. Nomeando a mãe um tutor e o pai outro, não ocorreu nomeação em conjunto. Como os genitores não se puseram em acordo, diante do impasse, a decisão compete ao juiz, observando, sempre, o que for mais conveniente ao tutelado.[15]

31.5.3. Legítima

Não feita a nomeação pelos pais, são convocados os **parentes consanguíneos**. É a chamada tutela legítima. Ainda que estabeleça a lei uma ordem de chamamento para a nomeação pelo grau de proximidade do parentesco (CC 1.731), em benefício do tutelado, dispõe o juiz da possibilidade de escolher quem entender mais apto a exercê-la. Na nomeação do tutor, imperioso atender ao melhor interesse do infante, devendo o encargo ser atribuído a quem já tiver com ele alguma afinidade, ainda que se afaste o juiz do rol legal.

31.5.4. Dativa

Na falta ou exclusão do tutor legítimo ou testamentário, bem como na ausência de parentes em condições de exercer a tutela, cabe ao juiz conferi-la a uma pessoa estranha. É a chamada tutela dativa. Embora se trate de tutela subsidiária, há que se ter como possível a sua utilização, inclusive quando exista tutor legítimo.[16] A nomeação deve recair em pessoa **idônea** e que resida no domicílio do menor (CC 1.732). Em se tratando de crianças e adolescentes cujos pais são desconhecidos, falecidos, ou foram suspensos ou destituídos do poder familiar, serão eles incluídos em programa de colocação familiar (CC 1.734).

Quem instituir um menor herdeiro ou legatário pode nomear um **curador especial** para administrar a herança, ainda que o

beneficiário se encontre sob o poder familiar ou sob tutela (CC 1.733 § 2.º). Trata-se de uma espécie de **protutor** (CC 1.742), nomeado pelo doador e não pelo juiz.

31.6. Impedimentos

Cerca-se o legislador de cuidados redobrados para escolher a pessoa que vai exercer a função de tutor, pois implica não só na entrega de patrimônio, mas, principalmente, na concessão da guarda de quem não tem alguém para zelar por ele. Há pessoas incapazes ou não legitimadas para exercer esse encargo (CC 1.735).

Elenca a lei quem **não pode ser tutor** e, caso esteja exercendo a tutela, deverá ser exonerado (CC 1.735):

I - quem não estiver na livre administração de seus bens. Fica claro que o incapaz de administrar os próprios bens não pode administrar bens alheios;

II - quem tenha alguma obrigação para com o menor, ou algum direito contra ele. Como o tutor passa a ser o seu representante e o administrador de seus bens, haveria conflito de interesses. Ainda assim, de forma contraditória, impõe a lei que o tutor, antes de assumir a tutela, declare o que o menor lhe deve (CC 1.751). Pelo jeito, a existência de crédito junto ao tutelado só suspende sua exigibilidade durante o exercício da tutoria. Também se os pais, filhos ou cônjuges do tutor tiverem demanda contra o menor, não pode haver a nomeação;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou quem tiver sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime contra o patrimônio, a família e os costumes, independentemente de terem ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento ou culpadas de abuso em tutorias anteriores; e

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

31.7. Direito de recusa

A tutela é um encargo **imposto por lei**, tanto que, a não ser nas hipóteses elencadas, não pode ser **recusada** a nomeação (CC 1.736). Para declinar da indicação, é necessário haver um motivo a ser apresentado dentro de limitado prazo. Há discrepância na lei. O estatuto processual confere o prazo de cinco dias (CPC 760) e o Código Civil, de 10 dias (CC 1.738) para a recusa. O flagrante conflito entre ambos os dispositivos não gera problemas maiores, pois, formulando o tutor pedido de exoneração, dificilmente o juiz negará seu afastamento por intempestividade. A tutela tem um componente de pessoalidade, e manter no encargo quem não o quer exercer só pode vir em prejuízo do tutelado. Não admitida a escusa, exerce o tutor o *munus* até o julgamento do recurso, respondendo por eventuais perdas e danos (CC 1.739).

Os **parentes** não podem escusar-se do encargo, a não ser que haja algum outro parente em condições de exercer a tutela. Mas quem não for parente da criança ou do adolescente, em princípio, só pode declinar da indicação por um dos motivos nominados. Claro que, embora diga a lei que a tutela é obrigatória, é de suma inconveniência atribuir o encargo a alguém contra a sua vontade.[17] Também não se pode identificar a relação de justificativas como *numerus clausus*, ficando a critério do juiz aceitar motivos outros que lhe pareçam plausíveis. Silenciando o tutor, reputa-se que renunciou ao direito de declinar do encargo (CPC 760 § 1.º).

O período da tutela é de, no mínimo, **dois anos** (CC 1.765).

Podem recusar a tarefa (CC 1.736): I - mulheres casadas. A exceção é discriminatória, pois não é deferida tal faculdade ao homem casado. Esta possibilidade revela, de forma escancarada, resquício da família patriarcal, na qual o casamento colocava a mulher em situação de tal submissão que a condição de casada, por si só, justificava a escusa. Caberia questionar se a união estável autoriza a recusa; II - maiores de 60 anos. Outra previsão, agora com relação ao idoso, que, ao lhe conceder um privilégio, dispõe de ranço preconceituoso; III - quem tiver mais de três filhos; IV - os enfermos; V - quem residir em lugar diverso do tutelado; VI - quem já é tutor ou curador; e VII - os militares em serviço. O elenco revela certa preocupação do legislador em preservar a convivência dos tutores com seus pupilos, tanto que preconiza que sejam pessoas sadias, jovens, não tenham muitos filhos e se mantenham por perto. Agora, a referência aos militares não se justifica: se a intenção é encontrar um tutor que consiga ter mais espaço de convívio com o tutelado, ao menos que fosse autorizada a recusa a quem, em função de emprego ou de profissão, tem pouca disponibilidade de tempo.

31.8. Manifestação do tutelado

No procedimento de nomeação do tutor, o estatuto processual não prevê a necessidade de colher a manifestação de vontade do tutelado. Só depois da nomeação é recomendado que se ouça o pupilo **adolescente** (CC 1.740 III). Porém, de modo expresso, o ECA, ao regulamentar a colocação em família substituta, se refere à tutela e determina que, sempre que possível, a criança ou o adolescente seja ouvido por equipe interprofissional, e sua opinião seja devidamente considerada (ECA 28 § 1.º). E, se tiver mais de 12 anos, é necessário o seu consentimento, colhido em audiência (ECA 28 § 2.º). Crianças e adolescentes têm assegurado direito à liberdade, tanto que dispõem do direito de opinião e expressão (ECA 16 II), bem como de participar da vida familiar e comunitária (ECA 16 V). Ao depois, o menor tem o direito de ser ouvido sobre a **adoção** (ECA 45 § 2.º), não se justificando dar tratamento diferenciado na tutela, que

estabelece um vínculo de convívio. Mesmo na hipótese de ter havido a nomeação do tutor pelos genitores, ainda assim é aconselhável a ouvida de quem, afinal, já não tem pais por perto, mas lhe é garantido, constitucionalmente, um grande número de direitos.

31.9. Encargos

O tutor deve **representar** o seu pupilo até ele atingir os 16 anos e lhe prestar **assistência** dos 16 até os 18 anos (CC 1.747 I), competindo-lhe, também, dar autorização para o **casamento**. De forma pra lá de absurda admite a lei a possibilidade de o tutor casar com o tutelado. Exige tão só que tenha cessado a tutela e que estejam saldadas as respectivas contas (CC 1.523 IV). Ocorrendo o casamento sem a prestação das contas, o regime será obrigatoriamente o da **separação de bens** (CC 1.641 I). No entanto, é possível solicitar ao juiz que seja afastada tal imposição, se comprovada a ausência de prejuízo ao tutelado (CC 1.523 parágrafo único).

Cabe ao tutor, quanto à **pessoa do tutelado** (CC 1.740): I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, de acordo com suas condições; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção. A redação de tal dispositivo evidencia por si só sua absoluta inadequação. Pelo jeito, é delegada ao juiz a função de pai. Talvez este seja o traço diferenciador entre poder familiar e tutela: o poder familiar não pode ser delegado, mas o tutor pode socorrer-se do juiz; III - cumprir com os deveres que cabem aos pais, ouvindo o pupilo, a partir do momento em que ele completar 12 anos.

É do tutor a administração do **bem de família** na hipótese do falecimento dos pais e caso não existam filhos maiores para assumir o encargo (CC 1.720 parágrafo único).

31.10. Ação de nomeação do tutor

A nomeação do tutor é regulada no estatuto processual (CPC 759), mas tanto o Código Civil como o ECA trazem várias regras de caráter procedimental. A nomeação é levada a efeito por meio de procedimento de **jurisdição voluntária**. Dispõe de **legitimidade** para a ação o Ministério Público (ECA 201 III), quando a criança e o adolescente se encontram em situação de risco (ECA 98). Também aquele que se candidata ao exercício da tutoria pode buscar sua nomeação. Nada impede, porém, que qualquer outra pessoa possa propor a ação. Neste caso, quem tem preferência para o exercício do encargo precisa ser citado.

Pode o tutor **eximir-se do encargo** nas hipóteses legais (CC 1.736). Para declinar da nomeação, o Código Civil concedia 10 dias (CC 1.738). O CPC reduziu o **prazo** para 5 dias a contar da indicação e igual prazo quando sobrevier motivo de escusa (CPC 760).

Nomeado o tutor, é intimado a prestar **compromisso** (ECA 32). Necessária a ouvida do tutelado, sempre que possível (ECA 28 § 1.º). Antes de assumir o encargo, deve o tutor declarar tudo o que o menor lhe deve, sob pena de não poder mais cobrar tais créditos (CC 1.751).

Obviamente, ninguém pode ser nomeado tutor, não sendo pessoa idônea (CC 1.732).[18] Mas, ainda assim, se considerável for o patrimônio do tutelado e o juiz não reconhecer a idoneidade do tutor, pode condicionar o exercício da tutela à prestação de **caução** (CC 1.745 parágrafo único), que pode ser real ou fidejussória. Trata-se de um ônus facultativo que pode ser imposto ou não.

Tanto o Código Civil como o Código de Processo Civil não mais determinam que o tutor **especifique bens** em **hipoteca legal**. Assim, a atribuição conferida pelo ECA (201 IV) ao Ministério Público

para promover, de ofício, a especificação e a inscrição de hipoteca dos curadores não persiste.

31.11. Exercício

Recebendo os **bens** do tutelado, o tutor passa a administrá-los, mas não adquire a condição de **usufrutuário**. Essa é mais uma diferença entre a tutela e o poder familiar exercido pelos pais (CC 1.689 I). Deve agir com zelo e boa-fé, no interesse do pupilo e sob a inspeção do juiz (CC 1.741). Sendo o patrimônio de valor considerável, pode o juiz determinar que o tutor preste uma **caução**, podendo ser dispensado se for pessoa de reconhecida **idoneidade** (CC 1.745 parágrafo único).

Para fiscalizar os atos do tutor, há a possibilidade de nomeação de um **protutor**: pessoa física ou jurídica a quem é delegado o exercício parcial da tutela (CC 1.742), quando os bens a serem administrados exigirem conhecimento técnico, forem complexos ou estiverem localizados em lugar distante do domicílio do tutor (CC 1.743). Incube ao protutor auxiliar o juiz, fiscalizar a atuação do tutor e informar ao magistrado sobre qualquer descuido ou malversação dos bens. Como lembra Sérgio Gischkow Pereira, tornou-se delegável a tutela ao protutor, que percebe **gratificação** módica pela fiscalização efetuada (CC 1.752 § 1.º).[19]

É de tal importância a intervenção do **juiz**, que a lei gera sua **responsabilidade direta e pessoal** quando não houver nomeado o tutor (CC 1.744 I), como se a iniciativa do procedimento de nomeação coubesse a ele. Também tem o magistrado **responsabilidade subsidiária**, se não tiver exigido caução do tutor ou por ter deixado de removê-lo, a partir do momento em que ele se tornou suspeito (CC 1.744 II).

Algumas atribuições podem ser exercidas pelo tutor **independentemente de autorização judicial** (CC 1.747): I - representar e

assistir o tutelado; II - receber rendas, pensões e créditos; III - atender às despesas com subsistência e educação, bem como de administração, conservação e melhoramento de seus bens; IV - alienar bens destinados à venda; e V - promover o arrendamento dos bens imóveis.

No entanto, é necessária a **autorização do juiz** para (CC 1.748): I - pagar dívidas; II - aceitar heranças, legados e doações; III - transigir; IV - vender bens móveis ou imóveis; e V - representar o tutelado em juízo.

A lei nega ao tutor legitimidade para praticar atos que colidam com os interesses do pupilo (CC 1.749). Praticados sem prévia autorização, ou sem posterior ratificação do juiz, são ineficazes (CC 1.748 parágrafo único). O **tutor não pode** (CC 1.749): I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, bens pertencentes ao menor; II - fazer doações; e III - tornar-se credor ou cessionário do menor. Ainda que obtenha autorização judicial, tais atos são nulos. Responde o tutor **civil e penalmente** pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causar ao tutelado (CC 1.752).

A **venda de imóvel** pertencente ao tutelado depende de **alvará judicial**, que só é expedido se comprovada manifesta vantagem e após a avaliação do bem (CC 1.750). Não há exigência que a venda seja feita em hasta pública.

Dispondo o tutelado de bens, servirão eles para garantir-lhe **sustento e educação**, cabendo ao juiz fixar a quantia que entender necessária, considerando os rendimentos de sua fortuna (CC 1.746).

O tutor faz jus a **remuneração** proporcional à importância dos bens que administra (CC 1.752).

31.12. Prestação de contas

Como o tutor administra bens alheios, tem um duplo dever.

A cada ano, deve submeter à apreciação do juiz um **balanço** (CC 1.756).

O balanço pode ser apresentado nos mesmos autos, a evitar que anualmente precise o tutor instaurar um procedimento. Neste caso, ainda que a ação esteja extinta, os autos do processo de tutela devem permanecer em cartório.

A cada **dois anos** tem a obrigação de prestar contas de sua administração, mesmo que os pais do menor, quando da sua indicação, o tenham dispensado do encargo (CC 1.755). A obrigação é imposta pela lei e a não apresentação é causa para a destituição.[20]

Também deve prestar contas cada vez que o juiz achar conveniente (CC 1.757). Ainda que não se trate da ação de exigir contas (CPC 550 a 553), as contas devem ser apresentadas em forma contábil, em procedimento próprio e não nos autos da tutela.

Possui o **Ministério Público** legitimidade para promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a ação de prestação de contas (ECA 201 IV).

Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, não produz efeito a **quitação** dada pelo tutelado. Terá o tutor o direito a ser reembolsado por despesas feitas e que foram proveitosas ao menor (CC 1.760). As despesas com a prestação de contas são pagas pelo tutelado (CC 1.761).

31.13. Cessação

A tutela é um instituto de caráter assistencial e protetivo e só se justifica enquanto o tutelado precisar de proteção. Assim, a tutela **se extingue** com a maioridade ou a emancipação do pupilo. Como o **casamento** provoca a emancipação (CC 5.º parágrafo único II), o casamento do tutelado termina com a tutela. Também no caso de adoção ou reconhecimento de filiação, cessa a tutela (CC 1.763). Igualmente, é o tutor **dispensado** de sua função (CC 1.764): I - se expirado o prazo em que era obrigado a servir, de dois anos, no mínimo (CC 1.765); II - se sobrevier escusa legítima (CC 1.736); III - ao ser removido, por negligente, prevaricador ou por ter se tornado incapaz (CC 1.766).

O tutor é obrigado a permanecer nessa função por **dois anos**, no mínimo, prazo que pode ser prorrogado (CC 1.765 parágrafo único). Exercida a tutela por prazo determinado e não solicitada a exoneração, o tutor é automaticamente **reconduzido** (CPC 763 § 1.º).

As dívidas do tutor para com o pupilo são **dívidas de valor**, devendo ser atualizadas. Os **juros** são devidos desde o julgamento definitivo das contas (CC 1.762).

31.14. Destituição

Desatendendo o tutor, injustificadamente, o dever de sustento, guarda e educação do pupilo, pode ser destituído (ECA 38). O procedimento para a **remoção** de tutor é previsto na lei processual civil (CPC 761 e 762), com aplicação supletiva do procedimento de perda e suspensão do poder familiar (ECA 164). O **Ministério Público**, ou quem tenha legítimo interesse, pode pleitear a **remoção** ou a dispensa do tutor (CPC 761 e ECA 101 § 9.º). Em caso de extrema gravidade, possível é a **suspensão liminar** do encargo (CPC 762). Fica o tutor responsável pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar ao tutelado.

O tutor que descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes à tutela, causando prejuízos ao tutelado, além de responder pelos danos, comete **infração administrativa**, sujeitando-se à pena de **multa** (ECA 249).

Para a remoção do tutor, não é necessário **prova** da sua ineficiência. Basta mera **suspeita** para o juiz afastá-lo, sob pena de ele responder por eventuais desmandos do tutor (CC 1.744 II).

Sujeita-se o tutor à destituição do exercício da tutela na hipótese de cometer **crime doloso contra o pupilo**, punido com pena de reclusão. Trata-se de efeito anexo da condenação (CP 92 II).

Todos os delitos cometidos contra pessoas com deficiência pelo seu tutor ensejam a majoração de um terço da pena (Estatuto da Pessoa com Deficiência 89 a 91).

Leitura complementar

AGUIRRE, João. Tutela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 695-726.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 341-375.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável, da tutela e da curatela. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 20.

VELOSO, Zeno. Direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 17.

1

Luiz Edson Fachin, Elementos críticos..., 250.

2

Antônio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 341.

3

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 397.

4

Orlando Gomes, Direito de família, 402.

5

Arnoldo Wald, Direito de família, 177.

6

Antonio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 303.

7

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 334.

8

Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob tutela. Dependente legal do tutor para fins previdenciários. Art. 16, §§ 2.º e 4.º, da Lei 8.213/91. Comprovação de dependência econômica. Inexigência de exclusividade. (...) (STJ, AgRg no REsp 1.232.369/PR (2011/0016952-0), 5.ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/06/2012).

9

Zeno Veloso, Código Civil comentado:..., 160.

10

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 429.

11

Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 162.

12

Sílvio de Salvo Venosa, Direito civil: direito de família, 437.

13

Antônio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 350.

14

Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 166.

15

Idem, 163.

16

Antonio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 303.

17

Sílvio Venosa, Direito civil: direito de família, 433.

18

Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 184.

19

Sérgio Gischkow Pereira, Direito de família:..., 213.

20

Determinação de prestação de contas pela tutora na forma mercantil, sob pena de remoção no prazo de dez dias, e depósito dos rendimentos da menor em conta judicial. Pedido de aceitação da prestação de contas na forma apresentada, de manutenção no exercício da tutela e de suspensão da determinação de depósito judicial. Prejudicada parte dos pedidos diante da aceitação em apresentar o cálculo na forma mercantil. Autorização apenas do levantamento de valores determinados para o pagamento de despesas mensais fixas e manutenção no exercício da tutela até que o MM. Juízo *a quo* entenda pela remoção. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido parcialmente. (TJSP, AI 0115883-78.2012.8.26.0000, 9ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 18/09/2012).

32. CURATELA

SUMÁRIO: 32.1 Tentativa conceitual: 32.1.1 Pessoas com deficiência; 32.1.2 Pródigo; 32.1.3 Casamento - 32.2 Espécies: 32.2.1 Autocuratela; 32.2.2 Curatela compartilhada; 32.2.3 Tomada de decisão apoiada; 32.2.4 Enfermo e pessoa com deficiência; 32.2.5 Nascituro - 32.3 Legitimidade o exercício da curatela: 32.3.1 Cônjuge ou companheiro; 32.3.2 Parentes ou tutores; 32.3.3 Representante de entidade de abrigamento; 32.3.4 Ministério Público - 32.4 Exercício - 32.5 Prestação de contas - 32.6 Ação de curatela: 32.6.1 Eficácia da sentença - 32.7 Levantamento da curatela - 32.8 Incapacidade provisória - Leitura complementar.

Referências legais: CF 23 II, 30 II, 227 §§ 1.º II e 2.º, e 244; CC 3.º II, 4.º II a IV, 932 II, 1.523 IV, 1.590, 1.767 a 1.783, 1.775-A, 2.040; CPC 747 a 763; L 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) 44, 201 III e IV; L 6.015/73 (Lei de Registros Públicos - LRP) 29 V, 92, 93 e 107; L 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); D 24.559/34; CP 92, 248 e 249.

32.1. Tentativa conceitual

Por presunção legal (CC 3.º e 4.º), os maiores de 18 anos de idade tem plena capacidade e são capazes de administrar sua pessoa e seus bens. No entanto, por motivos diversos, há quem, em razão de doença ou deficiência mental ou intelectual, se encontra impossibilitado de cuidar dos próprios interesses. Nesses casos, é necessário atribuir esse encargo a outrem: um **curador**. A curatela é instituto **protetivo** dos **maiores de idade,** mas **incapazes** de zelar por seus próprios interesses, reger sua vida e administrar seu patrimônio.[1] Sujeitam-se também à curatela os nascituros, os ausentes, os enfermos e os deficientes físicos.

Muitas vezes a mudança de palavras tem importante significado na construção de novos conceitos. Foi o que aconteceu com a forma de identificar um deficiente. Em um primeiro momento foram chamados de "loucos de todo o gênero". Depois passaram a ser nominados de "portadores de necessidades especiais", ou "portadores de deficiências". Atualmente a expressão considerada politicamente correta é: **pessoas com deficiência**.

Por recomendação constitucional (CF 227 §§ 1.º II e 2.º e 244), este segmento vem recebendo cada vez maior atenção. A **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, por ter sido chancelado pelo Brasil, desde 2009 integra o sistema jurídico pátrio. Tem como propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Diz o seu art. 12*: as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida*.

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD**,[2] que veio para regulamentar a Convenção, assegura às pessoas com **deficiência mental ou intelectual** o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. O Estatuto deu nova redação a alguns dispositivos da lei civil (3.º, 4.º, 228, 1.518, 1.548, 1.550 §2.º, 1.557, 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A e 1.777). A nova roupagem conferida à curatela insere-se noção de cidadania, de inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico. Quando se interdita alguém, retira sua capacidade civil e, consequentemente expropria-se sua cidadania. O interditado é retirado do lugar de sujeito de desejo e de sujeito social. A própria expressão curatelado e interditado já veiculam significados e significantes de exclusão.[3] Eles foram excluídos do rol dos **absolutamente incapazes**, pela nova redação do art. 3.º do Código Civil (EPD 84).

Quem, por causa transitória, não puder exprimir sua vontade é considerado **relativamente incapaz.**

A curatela constitui **medida protetiva extraordinária,** proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (EPD 84 § 3.º). Diz somente com os aspectos de natureza **negocial** e **patrimonial**, não atingindo os **direitos pessoais**. Não impede o **casamento**, ou o exercício do **poder familiar**. A pessoa com deficiência pode trabalhar, votar, ser testemunha, obter documentos oficiais que sejam de seu interesse. Como alerta Paulo Lôbo, não há que se falar mais de **interdição**, que sempre teve por finalidade vedar o exercício de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.[4] Em síntese, a Lei 13.146/15 absolve seres humanos do "pecado original" da incapacidade absoluta como portadores de grave deficiência ou enfermidade mental.[5]

O Código de Processo Civil revogou os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, regras de natureza eminentemente processual. O Estatuto da Pessoa com Deficiência restaurou, alguns dispositivos do Código Civil. Porém, como a entrada em vigor do CPC é posterior à vigência do EPD, vigoram as disposições do estatuto processual, que, equivocadamente, usa as expressões interdição e interditado.[6] No entanto, o CPC precisa ser interpretado de acordo com a **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**, por ter força de emenda constitucional.

O curador exerce um **múnus público**: encargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e administrar os bens de maiores que, por si mesmos, não possam fazê-lo.[7] Como a curatela visa a proteger pessoa incapaz, recobrando o interditado a higidez mental, é cabível o levantamento da curatela.

É admissível a eleição antecipada do curador, pelo **próprio curatelado**, enquanto plenamente capaz. É o que se chama de **autocuratela**. Possível, inclusive, a **curatela compartilhada**, quando a pessoa com deficiência pode escolher mais de uma pessoa como curador. Também o juiz pode nomear mais de um curador. É uma forma de suavizar o árduo trabalho com o exercício da curatela e dividir responsabilidades.[8] A **tomada de decisão apoiada** pode ser determinada judicialmente, para a prática de determinado negócio jurídico, o que não se pode chamar de curatela.

A curatela não se confunde com a **tutela**, apesar da semelhança dos dois institutos. Ambas têm natureza protetiva e fins idênticos, tanto que o legislador manda aplicar à curatela as regras da tutela, respeitadas as peculiaridades individuais (CC 1.774).

A tutela destina-se a proteger crianças e adolescentes que, em função da menoridade (CC 3.º e 4.º), não dispõem de plena capacidade e seus genitores estão afastados do exercício do poder familiar. Já a curatela empresta proteção aos maiores incapacitados para a autodeterminação. Sem muita justificativa, o **nascituro** é submetido à curatela e não à tutela.

Tal como ocorre na tutela, não é rígida nem obrigatória a ordem estabelecida na lei para a nomeação do curador, devendo, antes de mais nada, serem resguardados os interesses do interdito.[9] Não só o Código Civil, também o ECA deve ser aplicada à curatela. Assim, impositivo que se reconheça a condição do curatelado de **dependente do curador**, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive **previdenciários**. Como dessa condição goza o tutelado (ECA 33 § 3.º), da mesma prerrogativa deve desfrutar o curatelado. Afinal, na maioria das vezes o incapaz não dispõe de recursos próprios para se manter e acaba onerando o curador. Este, por sua vez, em razão dos encargos que a curatela lhe impõe, acaba com limitações para o exercício de suas atividades profissionais. Assim, nada justifica que o curatelado não possa ser considerado seu dependente.

Em face do caráter protetivo da tutela, o tutor pode ser escolhido, via **testamento**, pelo pai ou pela mãe (CC 1.729 parágrafo único). Já a nomeação do curador segue o critério eleito pela lei. De qualquer forma, como à curatela aplicam-se os dispositivos da tutela (CC 1.774), não há impedimento de os pais nomearem, por **testamento**, curador para os filhos que não dispõem da plena capacidade mental,[10] quer já estejam interditados ou não. Vedado o **testamento conjunto** (CC 1.863), cada um dos pais deve indicar um curador em testamento próprio. Pode ser ou não a mesma pessoa. Assumirá o encargo o indicado pelo último genitor a morrer.

Como a pessoa sujeita à curatela tem alguma limitação, há que se reconhecer sua **vulnerabilidade**. Assim, pode sujeitar-se à **alienação parental** por parte do curador ou de pessoa outra que exerça alguma influência sobre ela. Flagrada a tentativa de construir injustificável rejeição a alguém com quem o curatelado tinha alguma afinidade ou afeição, impositiva a aplicação das sanções previstas na legislação especial.[11] Possível, assim, assegurar direito de convivência, substituir o curador e penalizar o alienador.

32.1.1. Pessoas com deficiência

Indica a lei quem está sujeito à curatela (CC 1.767): I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico V - os pródigos. Tal rol guarda consonância com a identificação da **incapacidade relativa**. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer (CC 4.º): II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV os pródigos.

Apesar do esforço do legislador, descabida a tentativa de arrolar, identificar ou definir as limitações ou inaptidões que geram o comprometimento da higidez mental. **Perícia médica** é que define o grau de incapacidade ou comprometimento a dar ensejo ao decreto judicial

da interdição. O estado de alienação, por si só, não enseja a incapacitação. O que efetivamente importa saber é se **existe** causa incapacitante e, caso positivo, em que **grau de extensão** compromete o exercício dos atos da vida civil, a ponto de impossibilitar a administração dos negócios e a gestão de bens.[12] A **psicopatia** e a **sociopatia**, ainda que não digam com a capacidade de discernimento do indivíduo, justificam a curatela, para a proteção do próprio indivíduo e do grupo social.[13]

Nem o **deficiente visual** nem o **auditivo** estão sujeitos à curatela. O quadro de **depressão** também não.[14] O **analfabetismo** também não constitui motivo bastante para tal.[15] Igualmente, a simples **idade avançada** não a justifica. Mero enfraquecimento psíquico não configura alteração mental. Só a demência senil autoriza a curatela.

32.1.2. Pródigo

De forma desarrazoada a lei considera os **pródigos** como **relativamente incapazes** (CC 4.º IV), e os sujeitando à curatela (CC 1.768 V). Difícil identificar o que se pode chamar de prodigalidade. Às claras não se trata de doença mental, e sim um problema social, jurídico e psiquiátrico.[16] A justificativa para a curatela do pródigo é preservar o seu patrimônio, proteger a ele e sua família. Silvio Rodrigues diz que, quem dissipa desvairadamente seu patrimônio, sem noção da importância do dinheiro, agindo sem restrições, teria por destino a integral miséria.[17] Ora, em um mundo em que o apelo ao consumismo é tão exacerbado, é difícil resistir à tentação de ter mais do que se necessita. E, quem logrou fazer fortuna, às vezes com o esforço de muitos anos de trabalho árduo, tem o direito de gastar o que é seu, do jeito que melhor lhe aprouver. Como diz Nelson Rosenvald, para que alguém possa **ser**, o ordenamento deve facilitar a escolha entre **ter** e **não ter**. O mesmo sistema jurídico que

acolhe a livre iniciativa (CF 170) deve permitir que o ser humano delibere sobre a alternativa de abdicar de seus bens.[18]

Além disso, existem mecanismos de proteção suficientes aos herdeiros necessários. Ninguém pode **doar** em vida mais do que pode deixar por testamento (CC 549) e nem deixar de reservar bens que garantam sua **subsistência** (CC 548). Assim, nada justifica rotular de pródigo e retirar a plena capacidade de quem dispõe de seu patrimônio, com o só fito de preservar bens para os seus sucessores.

Ainda bem que ao pródigo não são impostas restrições **pessoais**. As limitações são exclusivamente de caráter patrimonial.[19] Ele pode casar, seja com quem for, inclusive com quem só está interessado na sua fortuna. Sem a assistência do curador, o pródigo não pode (CC 1.782) *emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração*.

32.1.3. Casamento

Não existe impedimento para pessoas com deficiência casarem. Sequer necessitam da **autorização do curador** para casar. Podem expressar sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (CC 1.550 § 2.º). O **consentimento** do curador pode ser revogado até a celebração do casamento (CC 1.518). O **casamento não é nulo**. É **anulável** se o cônjuge era incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o seu consentimento (CC 1.550 IV). No entanto, o outro cônjuge pode buscar a nulidade se alegar a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum. (CC 1.557 IV).

O casamento só se contamina de nulidade se a incapacidade é severa com referência às relações existenciais. Mesmo anulável o casamento, pela incapacidade do cônjuge de consentir ou manifestar de modo inequívoco sua vontade, é indispensável reconhecer o

casamento como **putativo** ou, ao menos, a existência de **união estável**. E, ao se reconhecer a higidez da união estável, nada justifica anular o casamento, ao menos de quem, mesmo com limitações para reger seus bens, tem condições de assumir seus afetos. Negar qualquer efeito ao vínculo, que, afinal, existiu, pode ser fonte de enriquecimento injustificado, solução que não se coaduna com a Justiça.

O caráter protetivo da curatela resta evidenciado quando a lei estende aos descapacitados a mesma proteção dos filhos menores (CC 1.590): *as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.* Tal dispositivo, no entanto, ao conferir a guarda do filho maior incapaz ao genitor, não o sujeita ao **poder familiar** nem afasta a necessidade de ser interditado.

O curador só pode **casar** com o curatelado depois de cessada a curatela e saldadas as respectivas contas (CC 1.523 IV). Ocorrendo o casamento antes de atendidos esses encargos, o regime será obrigatoriamente o da **separação de bens** (CC 1.641 I). No entanto, possível afastar tal regime se provada a ausência de prejuízo ao curatelado (CC 1.523 parágrafo único). Salutar a vedação de o curador **adotar** o curatelado enquanto não der contas de sua administração e não saldar eventuais débitos (ECA 44).

32.2. Espécies

Como são diferenciados os graus de discernimento e inaptidão mental, a curatela admite **graduações**, gerando efeitos distintos a depender do nível de consciência do interditando. Quando há ausência total de capacidade, a impedir a lúcida manifestação de vontade, a interdição é **absoluta** para todos os atos da vida civil (CC 1.767 I e II). O incapaz deve ser representado. Caso pratique algum ato

sozinho, a hipótese é de nulidade (CC 166), não podendo ser o ato convalidado pelo representante.[20]

Para quem dispõe de discernimento **parcial**, a curatela é limitada, **relativa** à prática de certos atos (CC 1.772 e 1.780), cabendo ao juiz delimitar sua extensão (CC 1.772).[21] Nesses casos, há a sugestão - mas não a imposição - de que as restrições sejam as mesmas previstas para os pródigos (CC 1.782). Os atos celebrados sem assistência ensejam a anulabilidade (CC 171), podendo ser ratificados pelo curador.[22]

A curatela não leva à **incapacidade absoluta** do curatelado. Cabe distinguir o grau de incapacidade. Desse modo, o curador **representa** o curatelado absolutamente incapaz e o **assiste** quando sua incapacidade é relativa.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência visa resguardar a autonomia de espaços de liberdade. Segundo Pietro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. Permitir que o curatelado possa decidir, sozinho, questões para as quais possui discernimento é uma forma de tutela da pessoa, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A real necessidade da pessoa com algum tipo de doença mental é menos a substituição na gestão patrimonial e mais, como decorrência do princípio da solidariedade e da função protetiva do curador, garantir a dignidade, a qualidade de vida, a recuperação da saúde e a inserção social do interditado.[23]

32.2.1. Autocuratela

O mandato cessa com a curatela ou do mandante ou do mandatário (CC 682 II). No entanto, apesar do silêncio legal, vem sendo

sustentada a possibilidade da outorga de **mandato permanente** ou **procuração preventiva**, que recebe o nome de autotutela: uma pessoa capaz firma uma declaração de vontade para quem, diante de uma situação de incapacidade, previsível ou não, organize sua futura curatela. Pode eleger um curador bem como indicar órgãos de fiscalização de gestão de seus bens. A autocuratela permite que a pessoa designe quem gostaria que a protegesse e cuidasse. No entanto, tal não impede a **ação de curatela** e nem a designação de outro curador.[24]

Thais Coelho afirma ser o mandato permanente um **negócio jurídico atípico**: o fato de não estar previsto na lei, não impede que se respeite a vontade de alguém, mesmo depois de interditada.[25]

O **princípio da liberdade** e o direito ao exercício da **autonomia privada** asseguram o direito de as pessoas se autodeterminarem, no presente e no futuro quanto aos seus bens. Daí a possiblidade de o mandante agir de acordo com a sua vontade no que concerne a questões patrimoniais.[26]

Trata-se de procuração sujeita a **condição suspensiva**, pois só terá eficácia caso o mandante perca a capacidade de gerir seus bens. Trata-se de um contrato **personalíssimo**, baseado no **princípio da confiança**, o que impede que o mandatário substabeleça.

O mandato permanente deve ser outorgado por **escritura pública**, que empresta fé pública de que o mandante estava no gozo de sua capacidade e a manifestação de vontade foi expressa livremente. O mandatário pode ser uma **pessoa jurídica** ou uma **fundação.**

O mandato permanente não se incompatibiliza com a **curatela** do outorgante, restando o procurador responsável pelas questões patrimoniais e o curador no que diz com as questões existenciais.[27]

32.2.2. Curatela compartilhada

O Código Civil confere legitimidade ao pai **ou** à mãe para o exercício da curatela (CC 1.775 § 1.º). Mas a jurisprudência passou conceder a curatela compartilhada a ambos os genitores.[28] Esta possibilidade foi acolhida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao conferir legitimidade ao juiz para estabelecer a curatela a mais de uma pessoa (CC 1.775-A). Assim, não só pais, mas quaisquer outras pessoas, que sejam parentes ou não do curatelado podem dividir o exercício da curatela. Também a pessoa com deficiência pode indicar uma ou mais pessoas para o exercício da curatela. Basta o juiz reconhecer que atende ao seu melhor interesse.

32.2.3. Tomada de decisão apoiada

Como afirma Rodrigo da Cunha Pereira, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não só alterou, mas também revolucionou ao introduzir uma nova expressão jurídica: tomada de decisão apoiada. Trata-se de modelo jurídico protetivo de pessoas em situação de vulnerabilidade. Este novo conceito de capacidade civil veio atender a recomendação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.[29]

Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio curatelado, a tomada de decisão apoiada é medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais.[30]

A pessoa com deficiência elege, pelo menos duas pessoas, que gozem de sua confiança para assessorá-lo de modo que possa exercer sua capacidade (CC 1.783-A). A existência de tal apoio não limita

a capacidade de agir. Trata-se de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. O beneficiário conserva sua capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofre restrição em seu estado de plena capacidade, apenas está privada de **legitimidade** para praticar episódicos atos da vida civil.[31]

De modo injustificado é exigido que a pessoa com deficiência juntamente com os apoiadores, apresentem um **termo** ao juiz com a indicação dos **limites** do apoio, o **compromisso** dos apoiadores de respeitar a vontade da pessoa que devem apoiar e o **prazo** de vigência (CC 1.783-A § 2.º). Nada impede que, no mesmo documento, seja indicado o **curador** em caso de ocorrência da incapacidade total. O termo pode constar de escritura pública ou escrito particular. No entanto, possível que tais exigências sejam atendidas na própria **petição inicial**. Afinal, trata-se de uma ação, ainda que de **jurisdição voluntária**.

O juiz deve contar com uma **equipe multidisciplinar** (CC 1.783-A § 3.º). Para a realização de uma **perícia psicossocial**. Depois de ouvido o Ministério Público deve designar **audiência** para ouvir a todos. A lei não diz, mas certamente é indispensável uma manifestação do juiz deferindo o pedido. Tal decisão, de natureza homologatória, deve ser apresentada, por **certidão**, em todos os atos praticados pelos apoiadores.

A **validade** das relações negociais depende da participação dos apoiadores (CC 1.783-A § 4.º), que têm o dever de **prestar contas** (CC 1.783-A § 11). Havendo divergências entre os apoiadores, cabe ao juiz decidir (CC 1.783-A § 6.º).

Esta possibilidade de concessão de apoio a pessoa com deficiência, sem submetê-la à curatela pode ensejar o pedido de

levantamento da interdição. De outro lado, ocorrendo o agravamento da condição da pessoa, pode o juiz, nos autos do próprio procedimento nomear-lhe **curador provisório**, um dos apoiadores ou não. Por cautela deve o juiz estabelecer um prazo para a propositura da **ação de curatela**.

32.2.4. 4Enfermo e pessoa com deficiência

Não só o enfermo, mas também a pessoa com deficiência física incapacitante pode requerer que lhe seja nomeado curador para cuidar de todos ou de alguns de seus negócios ou bens (CC 1.780). É o que se chama de **curatela-mandato,** curatela de **menor extensão**, até porque não se destina a um incapaz. Esta possibilidade não se confunde com a tomada de decisão apoiada (CC 1.783-A § 2.º). Para o seu fiel exercício, basta a atribuição de poderes para a mera administração dos negócios e bens do curatelado, sem autorização para a transferência ou renúncia de direitos, o que continuará dependendo da expressa manifestação de vontade do curatelado.[32]

Qualquer das pessoas legitimadas (CPC 747) também pode requerer esta espécie de curatela, que somente será concedida se houver a concordância do interditando. Caso ele não possa exprimir a sua vontade, estará sujeito à curatela ordinária.[33]

Esta possibilidade pode beneficiar **pessoas idosas**, que não disponham de condições físicas, senão com muito sacrifício, de se locomover, a fim de gerir os seus bens.[34] A vantagem em relação à procuração consiste no fato de esta perder sua eficácia caso o outorgante incida em alguma das causas de curatela.[35]

Ainda assim, o mais usual é o doente e o incapacitado físico simplesmente nomearem um **procurador**, em vez de fazer uso de uma ação judicial para que alguém atenda a seus interesses.[36]

32.2.5. Nascituro

Não se encontra muita justificativa para a determinação de nomeação de **curador** ao nascituro (CC 1.779): *dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar*. Além de sua deficiente redação, revela o dispositivo resquício da feição patriarcal da família. Ao depois, como o nascituro é menor e incapaz, a hipótese seria mais de **tutoria**. A finalidade é resguardar os direitos do nascituro, assegurados desde a concepção (CC 2.º).[37]

A garantia dos direitos do filho nascituro é assegurada em procedimento específico, prevendo também a possibilidade de nomeação de curador (CC 1.779) . Não se atina como se possa afastar o poder familiar da mãe, quando ainda não nascido o filho, se ela for capaz. De qualquer forma, não só no caso de morte do pai haveria de se cogitar da nomeação. Desconhecido, ausente ou incapaz o genitor, cabe a nomeação.[38] Estando a gestante interditada, seu curador será curador do nascituro (CC 1.779 parágrafo único). Trata-se de uma **curadoria temporária**, eis que, quando do nascimento, a criança deverá ser posta sob **tutela**.

32.3. Legitimidade para o exercício da curatela

A lei confere a determinadas pessoas legitimidade para **requerer** a curatela de outrem (CPC 747). No elenco legal não existe **ordem de preferência**: qualquer dos indicados pode propor a ação. Trata-se de **legitimação concorrente**. A propositura da ação não é prerrogativa de uma única pessoa. Mais de um legitimado pode requerer a curatela, formando-se um **litisconsórcio ativo facultativo**. Assim, ambos os pais, ou mesmo mais de um parente podem propor a ação, cabendo ao juiz escolher, oportunamente, quem vai exercer o encargo. De outro lado, proposta a ação por um legitimado, outro que dispõe da mesma legitimação pode participar do processo na

condição de **assistente litisconsorcial** (CPC 124). A ordem de preferência deve ser obedecida na escolha do curador. Intentada a ação por qualquer dos legitimados, cabe ao magistrado nomear o curador, atento à prioridade estabelecida na lei. No entanto, não pode haver rigidez na escolha, pois é necessário atender ao interesse do curatelado. De preferência, é de ser eleita pessoa com quem ele tenha alguma afinidade.

32.3.1. Cônjuge ou companheiro

Os legitimados em primeiro lugar para requerer a decretação da curatela é a pessoa com quem o interditando é casado ou vive união estável (CPC 747 I). Como a **separação de fato** põe fim ao casamento e à união estável, cessado o vínculo de convívio, não mais cabe falar em cônjuge ou companheiro. De qualquer maneira, o ex-cônjuge ou ex-companheiro deve comunicar ao Ministério Público a ocorrência de doença mental grave, para que promova a ação (CPC 748). E, mesmo que algum deles proponha a ação, não pode ser nomeado curador. A **separaçãode corpos**, ou apenas **defato,** impede o exercício da curatela (CC 1.775).

32.3.2. Parentes ou tutores

É conferida legitimidade a qualquer parente para promover a ação de curatela (CPC 747 II). O conceito de parentesco é estabelecido pela lei civil: ascendentes e descendentes de qualquer grau (CC 1.591) e parentes em linha colateral até o quarto grau (CC 1.592). Como a **afinidade** gera relação de parentesco (CC 1.595 § 2.º), nada impede que os afins requeiram e exerçam a curatela.[39]

Não existe ordem de prioridade para os parentes requererem a curatela. Apesar da preferência aos **descendentes** mais próximos (CC 1.775 § 1.º), a tendência é conferir a curatela aos pais. Inclusive a ambos de forma **compartilhada** (CC 1.775-A).

32.3.3. Representante de entidade de abrigamento

Há realidades que não se pode tentar não ver: o abandono de pessoas com deficiência em instituições públicas ou até privadas. Simplesmente para lá são conduzidos parceiros, pais, filhos ou parentes que exigem algum tipo de cuidado por apresentarem graus de vulnerabilidade física ou psíquica.

Além de lá serem abandonados, os seus bens e direitos são usufruídos por aqueles que o abandonaram. Daí a legitimidade de o representante da entidade em que o ele se encontra abrigado de requerer a curatela e ser nomeado curador (CPC 747 III). Esta foi a forma encontrada para que os benefícios da pessoa com deficiência revertam em seu proveito.

32.3.4. Ministério Público

O Ministério Público pode promover a ação de curatela em caso de doença mental grave (CPC 748). Trata-se de competência residual, pois só pode agir se o cônjuge, ou o companheiro não promoverem a ação ou forem incapazes para o seu exercício. Também deve propor a ação se a entidade cuidadora não o fizer.

Ainda que o instituto da tutela diga respeito a menores e a curatela vise à proteção de maiores incapazes, o ECA defere legitimidade ao **Ministério Público** para promover ação de nomeação de curador (ECA 201 III), o que alcança também os maiores. Da mesma legitimação, e injustificadamente, não dispõe a **Defensoria Pública**.

Mesmo não sendo o autor da ação, a presença do agente ministerial é sempre indispensável, intervindo como fiscal da ordem pública (CPC 752 § 1.º).

32.4. Exercício

Determinada a aplicação à curatela das disposições concernentes à tutela (CC 1.774 e 1.781), tudo o que compete ao tutor compete também ao curador, desde a possibilidade de **escusa** (CC 1.736) às normas de **exercício** (CC 1.740 a 1.752), como o que diz respeito aos **bens** (CC 1.753) e, principalmente, ao dever de **prestar contas** (CC 1.755 a 1.762).

Deixou de ser exigido que o tutor - e, por conseguinte o curador - **especifique bens** em **hipoteca legal**. Assim, a atribuição conferida ao Ministério Público para promover, de ofício, a especificação e a inscrição de hipoteca dos curadores não persiste (ECA 201 IV). Quando é vultoso o patrimônio do curatelado, pode o juiz determinar a **prestação de caução**. A imposição é facultativa, podendo ser dispensada se reconhecida a idoneidade do curador (CC 1.745 parágrafo único).

O exercício da curatela é um **múnus público, mas**, o curador faz jus a **remuneração** proporcional à importância dos bens administrados, além do direito de ser reembolsado pelo que realmente despender (CC 1.752, 1.774 e 1.781). A medida é das mais salutares, porque o cuidador muitas vezes abandona seus projetos de vida para dedicar-se a quem passou a ser seu dependente. Inclusive, há situações bastante comuns em que a subsistência do curador depende do que percebe pelo exercício da curatela. E, quando da morte do curatelado, resta sem meios de subsistência.

Por força da aplicação extensiva das regras da tutela à curatela, é cabível a nomeação de um protutor - que mereceria ser chamado de "**pró-curador**" - para fiscalizar os atos do curador (CC 1.742), fazendo jus a módica gratificação (CC 1.752 § 1.º). Do mesmo modo, sempre que houver interesses administrativos que exijam conhecimento técnico, forem complexos, ou realizáveis em lugares distantes do domicílio do curador, este pode delegar a outrem o exercício

parcial da curatela. A nomeação pode ser de pessoa física ou jurídica e depende de aprovação judicial (CC 1.743).

A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do curatelado, bem como aos filhos, nascidos ou ainda nascituros. É o que se chama de **curatela prorrogada ou extensiva**.[40] Nessa hipótese, o filho do interdito acaba também sujeito à curatela, afinal, o seu genitor está vivo, ainda que seja incapaz. Talvez a melhor solução seja encaminhar o filho à adoção.

Além de todos os encargos que são atribuídos ao curador e que se encontram relacionados no capítulo da tutela, havendo meio de recuperar o interdito, deve ele promover o **tratamento** em estabelecimento apropriado (CC 1.776). No entanto, quando o interdito não se adaptar ao convívio doméstico, pode ser **recolhido** a estabelecimento adequado (CC 1.777).

32.5. Prestação de contas

O curador tem o dever de prestar contas, eis que está na posse e administração dos bens do curatelado (CC 1.755 e 1.774). O ECA atribui ao **Ministério Público** legitimidade pra promover, de ofício, ou a requerimento dos interessados a prestação de contas (ECA 201 IV), ou **ação de exigir contas**, conforme chama o Código de Processo Civil (550 a 553). Entre os interessados em exigi-las encontra-se quem presta **alimentos** ao interdito.[41]

Como os **pais**, em face do poder familiar, são **usufrutuários** dos bens do filho (CC 1.689), nomeados curadores dele, estão dispensados da prestação de contas.

Quando o encargo é exercido pelo **cônjuge** é dispensada a obrigação de prestar contas somente se o regime de bens do casamento for o da **comunhão universal** (CC 1.783). No entanto,

no regime da **comunhão parcial**, em que são comuns os bens adquiridos depois do casamento, nada justifica a imposição. Do mesmo modo na **união estável**, possível a dispensa da prestação de contas. Afinal, está o curador na posse e administração de bens que são comuns com o incapaz, tendo a responsabilidade como usufrutuário, procurador ou depositário (CC 1.652).

De qualquer modo, mesmo quando existe a obrigação de prestar contas, possível a dispensa de sua apresentação se inexiste patrimônio ou a renda do curatelado é de pequena monta.[42]

As contas devem ser apresentadas em procedimento próprio e não nos autos da curatela.

32.6. Ação de curatela

Conforme sustenta Paulo Lôbo não há mais que se falar em **ação de interdição**, que sempre teve por finalidade vetar o exercício de todos os atos da vida civil. Agora existe curatela específica para determinados atos. Daí, ação de curatela.

Trata-se de demanda cercada de muitas formalidades, em que é indispensável a presença do **Ministério Público** como **fiscal da ordem pública** (CP 752 § 1.º). A ação de interdição está disciplinada no estatuto processual (CPC 747 a 758), mas remanesce no Código Civil algumas disposições procedimentais (CC 1.774 a 1.783).

Tanto o decreto da curatela, como o seu levantamento se processam em juízo (CPC 756).

A ação pode ser proposta (CPC 747): I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; ou IV - pelo Ministério Público em caso de doença mental grave e inexistirem ou não agirem os outros legitimados (CPC 748). O autor precisa provar

sua **legitimidade** para a ação (CPC 747 parágrafo único). O rol não é **taxativo** nem assegura preferência para o exercício da curatela. A ação pode ser proposta por quem foi indicado, por **testamento** ou escritura pública, A pessoa indicada pode propor a ação e ser nomeada curadora, se tal atender ao melhor interesse do curatelado.

A inicial deve especificar os **fatos** que demonstram a incapacidade do interditando para **administrar seus bens** e, se for o caso, para praticar atos da **vida civil**, bem como o **momento em que a incapacidade se revelou** (CPC 749).

Deve ser juntado **laudo médico** (CPC 750). Justificada a urgência, a título de **tutela cautelar antecedente** (CPC 305), o juiz pode nomear curador provisório para a prática de determinados atos (CPC 749 parágrafo único).

O réu é citado para uma **entrevista** com o juiz, tomando-se por termo as perguntas e as respostas (CPC 751). Possível o acompanhamento de especialista CPC 751 § 2.º), sendo assegurado o emprego de recursos tecnológicos que possibilitem o interditando de se manifestar (CPC 751 § 3.º) A contar da data da audiência, dispõe o réu do prazo de 15 dias para impugnar o pedido (CPC 752). Também pode ser requisitada a ouvida de pessoas próximas (CPC 751 § 4.º). É indispensável que o juiz **pessoalmente** entreviste o interditando. A omissão acarreta a nulidade do processo.[43]

O interditando precisa constituir **advogado** para impugnar. Caso não o faça, deverá ser nomeado **curador especial** (CPC 752 § 2.º). O cônjuge, o companheiro ou o herdeiro sucessível (CC 1.845) podem intervir no processo como **assistente** (CPC 119).

Decorrido o prazo de resposta, é determinada a produção de **prova pericial**, que pode ser realizada por equipe multidisciplinar (CPC 753). O laudo deve indicar, especificadamente, os atos para os quais há a necessidade da curatela (CPC 753 § 2.º). Apresentado o

laudo, se entender o magistrado ser necessária a produção de mais provas, designa **audiência de instrução e julgamento**. Ao julgar procedente a ação, o juiz **decreta a curatela** e: nomeia curador, que pode ser ou não quem propôs a ação. Fixa os limites da curatela atentando às característica do curatelado, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (CPC 755). Na medida do possível, indica o tempo de duração. A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado e de quem esteja sob sua guarda (CPC 755 §§ 1.º e 2.º).

Quem propõe a ação de curatela pode indicar outra pessoa para exercê-la. Mas a decisão cabe ao juiz. A indicação pode ser feita pelo curatelado, por quem tem legitimidade para exercer a curatela, via **testamento** ou **escritura pública**. Tal possibilidade não está prevista de modo expresso. Mas como a este instituto aplicam-se as regras da tutela (CC 1.774), cabe invocar a aplicação subsidiária dos dois institutos (CC 1.729 parágrafo único e 1.781).

32.6.1. Eficácia da sentença

Muito se debate sobre a **natureza jurídica** da sentença que decreta a curatela, tema que se reflete na validade dos atos praticados pelo interditando antes do ato sentencial. Considerar que a sentença é **declaratória** seria conferir-lhe **eficácia ex tunc**, ou seja, retroativa, surgindo a possibilidade de se reconhecer a nulidade dos atos realizados antes mesmo da decisão judicial. De outro lado, atribuir à sentença carga eficacial **constitutiva** lhe confere efeitos *ex nunc*, isto é, efeitos a partir de sua prolação, e somente os atos realizados depois da sentença seriam nulos.

O Código de Processo Civil diz que a sentença **decreta** a curatela (CPC 755). De fato, a sentença é **constitutiva**, pois diz com o estado da pessoa. Ainda que a incapacidade preceda à sentença, só depois da manifestação judicial é que passa a produzir efeitos jurídicos: torna a pessoa incapacitada para os atos da vida civil. Como

bem refere Pontes de Miranda, a sentença, se bem que constitutiva, não cria a incapacidade.[44]

A sentença deve ser **registrada** no Cartório do 1.º Ofício das Pessoas Naturais da comarca em que tramitou a ação e anotada no **assento de nascimento** e **casamento** do interditado (LRP 29 V, 92 e 93). E imediatamente publicada na **rede mundial de computadores**, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por seis meses. Na imprensa local deve ser publicada, uma vez, e no órgão oficial, três vezes, com intervalo de 10 dias. Do edital tem que contar os nomes do interdito e do curador, a causa da curatela, e seus limites. Não sendo total a curatela, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente (CPC 756).

O uso da expressão **imediatamente** não significa que a sentença produz efeitos desde logo e nem que o recurso disponha de **efeito suspensivo**. Mas é possível a nomeação do curador primário.

Depois de registrada a sentença, o curador é intimado para, em cinco dias, prestar o **compromisso** em livro próprio (CPC 759 e LRP 93) e assumir a administração dos bens do curatelado (CPC 759 § 2.º).

Como a incapacidade não passa a existir a partir da sentença, possível a propositura de **ação anulatória** dos atos praticados em momento anterior - quer para assegurar a **segurança** das relações jurídicas, quer para prestigiar o **princípio da boa-fé**. Somente em casos muito excepcionais cabe a **desconstituição** de atos pretéritos. De qualquer forma, é necessário o uso da via judicial e a prova da evidente deficiência do interditando para evitar prejuízo a terceiros. Com referência aos atos praticados depois da curatela, não há necessidade de qualquer prova para o reconhecimento da nulidade e consequente desconstituição (CC 166 I).

Como o juiz pode determinar a prestação de **caução** na **tutela** (CC 1.745 parágrafo único), pode impô-la na curatela (CC 1.774).

A autoridade do curador estende-se à **pessoa** e aos **bens** que se encontravam sob a guarda e a responsabilidade do curatelado (CPC 757).

Cabe ao curador buscar **tratamento** e **apoio** apropriados à autonomia do curatelado (CPC 758).

Tanto o Ministério Público como quem tenha legítimo interesse podem pleitear a **remoção** do curador (CPC 761 e ECA 201 III). Em caso de extrema gravidade, é possível a **suspensão liminar** do encargo (CPC 762).[45]

Exercida a curatela por **prazo determinado** e não solicitada a exoneração, o curador é automaticamente reconduzido (CPC 763). Sujeita-se o curador à destituição do exercício da curatela se cometer **crime doloso** contra o curatelado, punido com pena de reclusão. Trata-se de **efeito anexo** da condenação (CP 92).

Possível a **substituição** voluntária do curador, a ser requerida nos mesmos autos. Justificado o pedido, basta haver a concordância de quem irá substituí-lo. Necessário somente que o curador preste contas, se a isso estiver obrigado (CPC 763 § 2.º).

Desatendendo o curador os deveres de seu encargo, pode ele ser **destituído**. O **Ministério Público**, ou quem tenha legítimo interesse, pode pleitear a **remoção** ou a dispensa do curador (CPC 761). Em caso de extrema gravidade, possível é a **suspensão liminar** do encargo (CPC 762). Fica o curador responsável pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar ao curatelado.

Todos os delitos cometidos contra pessoas com deficiência pelo seu curador ensejam a majoração de um terço da pena (EPD 89 a 91).

32.7. Levantamento da curatela

Cessada a causa da incapacidade, a curatela deve ser levantada (CPC 756). O pedido pode ser formulado pelo **interdito**, pelo **curador** ou pelo **Ministério Público**.

Intentada a ação pelo curatelado ou pelo agente ministerial, o **curador** deve ser citado, pois se sujeita aos efeitos da sentença. Com a procedência da ação, fica dispensado do encargo, devendo proceder à **prestação de contas**.

O pedido de levantamento é **apensado** aos autos da curatela.

O juiz nomeia **perito** ou **equipe multidisciplinar** para proceder ao exame do interdito. Após a apresentação do **laudo**, é designada **audiência de instrução e julgamento**. Levantada a curatela, a sentença, que dispõe de **eficácia constitutiva**, está sujeita à mesma publicidade do seu decreto (CPC 756 § 3.º).

Pode ocorrer o **levantamento parcial** da curatela quando demonstrada capacidade para a prática de alguns atos da vida civil (CPC 756 § 4.º).

32.8. Incapacidade provisória

Há situações em que, por algum motivo imprevisível, alguém se vê impossibilitado momentaneamente para os atos da vida civil. Não cabe falar em incapacidade que dê ensejo à decretação da curatela.

Comprovada a situação incapacitante por atestado médico, mediante singelo pedido judicial, é possível a concessão de **alvará** para atender a necessidades específicas.

O **Estatuto da Pessoa com Deficiência**, em casos de relevância e urgência, a fim de proteger os interesses da pessoa em situação de curatela, autoriza o juiz, de oficio ou a requerimento do

interessado, ouvido o Ministério Público, nomear, desde logo, curador provisório (EPD 87).

Proposta a ação de curatela, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos (CPC 749 parágrafo único), a título de **tutela cautelar antecedente** (CPC 305).[46]

Leitura complementar

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. 2.ª ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

______. Curatela: uma proposta de leitura constitucional do art. 1.772 do Código Civil Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 7, p. 95-99, dez.-jan. 2009.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autocuratela: Mandato permanente relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 24, p. 5-15, out.-nov. 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. A curatela de filhos: uma tarefa compartilhada para uma integral proteção dos direitos fundamentais da pessoa portadora de deficiência. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 21, p. 5-18, abr.-maio 2011.

OLIVEIRA. Euclides de. Responsabilidade civil do incapaz - Busca pela harmonização do sistema. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBFAM/Magister, n. 10, p. 85-97, jun.-jul. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Todo gênero de louco - Uma questão de capacidade. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coords.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. Campinas: Millennium, 2002. p. 515-535.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 731-800.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência psíquica e curatela: reflexos sob o viés da autonomia privada. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n. 7, p. 64-79, dez.-jan. 2009.

1

Ana Carolina Brochado Teixeira, Deficiência psíquica e curatela:..., 64.

2

L 13.146/15.

3

Rodrigo da Cunha Pereira, Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil

4

Paulo Lôbo, Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

5

Nelson Rosenfeld, Tratado de Direito das Famílias, 767.

6

Paulo Lôbo, Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.

7

[7] Clóvis Bevilaqua, Código Civil comentado, 442.

8

Rodrigo da Cunha Pereira, Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil

9

[9] Rodrigo da Cunha Pereira, Comentários ao novo Código Civil..., 489.

10

Silvio Venosa, Direito civil: direito de família, 446.

11

Lei 12.318/2010.

12

Antonio Carlos Malheiros e Marcial Casabona, Da curatela, 327.

13

Recurso especial. Interdição. Curatela. Psicopata. Possibilidade. (...) 3. A reincidência criminal, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de sociopatia, é o cerne do presente debate, que não reflete apenas a situação do interditando, mas de todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos. 4. A psicopatia está na zona fronteiriça entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. (...) 11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução - se houver - da patologia, ou de seu tratamento.

12. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.306.687/MT, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/03/2014).

14

Ação de interdição. Curatela. Quadro de depressão. Sentença de improcedência. Recurso do requerente. Alegação de que o laudo pericial foi favorável ao pleito. Inocorrência. Perícia e interrogatório que evidenciaram a plena capacidade civil do periciando. Conjunto probatório suficiente a demonstrar que o requerido, embora sofra de depressão, possui capacidade de gerir/dirigir os atos da vida civil. Artigo 1.767 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, AC 2014.016797-0, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 05/06/2014).

15

Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 512.

16

Silvio Venosa, Direito civil: direito de família, 452.

17

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 416.

18

Nelson Rosenvald, Tratado de Direito das Famílias, 787.

19

Interdição. Prodigalidade. Curatela provisória. Manutenção. A despeito de não existirem indícios da absoluta incapacidade do interditando, a sua recusa expressa em justificar as dívidas que contraiu pode ser interpretada em seu desfavor, ante a robusta prova do endividamento, justificando, assim, a manutenção da curadora provisória decretada em ação de interdição por prodigalidade. (TJMG, AI 10378130013915001, 7.ª C. Cív., Rel. Oliveira Firmo, j. 14/04/2015).

20

[20] Ana Carolina Brochado Teixeira, Deficiência psíquica e curatela:..., 66.

21

Ação de interdição e curatela. Deficiência mental. Incapacidade parcial. Curatela parcial. Em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos diferentes graus de discernimento e inaptidão mental a curatela admite graduações gerando efeitos distintos a depender do nível de consciência do interditando, consoante dispõe a parte final do art. 1.780 do Código Civil. Demonstrado nos autos que a incapacidade do curatelado se restringe à pratica de atos patrimoniais, deve ser deferida a curatela provisória, sem interdição, com as mesmas restrições previstas para os pródigos (art. 1.782 do Código Civil). (TJMG, AC 1.0569.13.002202-7/001, 6.ª C. Cív., Rel. Yeda Athias, j. 30/06/2015).

22

[22] Ana Carolina Brochado Teixeira, Deficiência psíquica e curatela:..., 67.

23

Ana Carolina Brochado Teixeira, Deficiência psíquica e curatela:..., 79.

24

Rolf Madaleno, Curso de Direito de Família, 1.299.

25

[25] Thais Câmara Maia Fernandes Coelho, Autotutela:..., 14.

26

Idem, 8.

27

Ibidem, 13.

28

Interdição. Curatela compartilhada Interditanda portadora de paralisia cerebral e epilepsia sintomática, considerada incapaz para o exercício dos atos da vida civil, conforme laudo médico Requerimento de exercício da curatela por ambos os pais Inobstante a redação do art. 1775, § 1.º, do Código Civil, possível o exercício compartilhado do encargo, desde que tal medida se revele de acordo com o melhor interesse do incapaz No caso, os pais já se encarregam de cuidar da filha, vindo o deferimento da curatela nos moldes da inicial apenas ratificar a situação fática existente - Feito satisfatoriamente instruído por laudo médico particular

idôneo a atestar a incapacidade do interditando Possível o deferimento da curatela compartilhada desde já Recurso provido. (TJSP, AI 2180578-36.2014.8.26.0000, 1.ª C. Dir. Priv., Rel. Rui Cascaldi, j. 28/04/2015).

29

Rodrigo da Cunha Pereira, Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil

30

Nelson Rosenvald, Tratado de Direito das Famílias, 754.

31

Idem, 757.

32

[32] Interdição. "curatela-mandato" (art. 1.780, CC/2002). Possibilidade. Recurso a que se dá parcial provimento. I - Seja à luz dos princípios da instrumentalidade das formas, da economia, da celeridade processual e, ainda, da inafastabilidade da jurisdição, seja por estar implícito no pedido de total interdição o da parcial interdição ("curatela-mandato") ou seja sob os auspícios da equidade prevista no art. 1.109 do CPC, possível o deferimento da interdição parcial quando pedida a total. II - Restando comprovado que a interditanda possui capacidade para os atos da vida civil, porém sem condições físicas para gerir seus interesses, não é razoável negar-lhe, sobretudo quando por ela expressamente desejado, o suporte ou auxílio de um curador, o que possível de ser feito sem sua completa interdição, como autoriza o art. 1.780 do CC/2002. III - Para o fiel exercício da "curatela-mandato", basta a atribuição de poderes para a mera administração dos negócios e bens da curatelada, sem autorização para a transferência ou renúncia de direitos, o que continuará dependendo da expressa manifestação de vontade da curatelada. (TJMG, AC 1.0024.09.639511-6/001, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Peixoto Henriques, j. 15/10/2013).

33

Silvio Venosa, Direito civil: direito de família, 454.

34

Pedido de curatela. 'Enfermo ou portador de deficiência física'. Pessoa idosa com grave limitação de locomoção, decorrente de sequela de acidente cerebral

vascular. Dificuldade de desempenhar atividades cotidianas, sem ajuda de terceiros. Nomeação de curador para cuidar de seus negócios e bens. Possibilidade. Art. 1.780 do Código Civil. 'Curatela-mandato', de menor extensão. Interdição. Descabimento. Capacidade mental preservada. O Código Civil, em seu art. 1.780, prevê modalidade mais restrita de 'curatela', distinta daquela disposta nos artigos 1.767 e 1.779, voltada à proteção do enfermo e do portador de deficiência física, que, embora estejam em pleno gozo de suas faculdades mentais, encontrem-se impedidos de se locomover e de desempenhar suas atividades, afigurando-se possível e recomendável, nessas hipóteses, a nomeação de curador para cuidar de seus bens e negócios, sem que haja, todavia, interdição do curatelado. - Recurso parcialmente provido. (TJMG, AC 10183081487401001, 1.ª C. Cív., Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 07/05/2013).

35

Paulo Nader, Família, 543.

36

Ação de interdição. Cerceamento de defesa. Inocorrência. A prova pericial produzida atendeu aos objetivos processuais, retratando a plena capacidade psíquica da apelada. As deficiências físicas alegadas foram devidamente delineadas pelos laudos acostados aos autos e pelo médico do IMESC. Desnecessidade de perícia com especialista em ortopedia. Apesar de possuir restrições físicas visíveis, a requerida não demonstrou necessitar do auxílio da requerente para praticar os atos da vida civil, o que foi constatado pela prova pericial. Possibilidade de utilização do mandato, que possui os mesmos efeitos jurídicos da curatela prevista no art. 1.780 do CC. Propositura da ação com o intuito de obter acréscimo na aposentadoria. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP, AC 00548508120128260002, 3.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 18/02/2014).

37

Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 226.

38

Idem, 226.

39

Ação de substituição de curador. Alegação de que o relatório psicossocial produzido provou que a autora e seus filhos não tem relação de afetividade com o curatelado manifestando-se contrário ao requerido na inicial. Magistrado que

possui livre convencimento para decidir. Existência de relação de parentesco. Inexistência de ordem preferencial. Sentença que atendeu o melhor interesse do curatelando. Recurso conhecido e improvido. (...) 2. A interdição pode ser requerida por quem a lei reconhece como parente. No caso dos autos, verifico a existência de relação de parentesco entre a apelante e o curatelado, sendo estes parentes afins na linha colateral em segundo grau, circunstância que legitima a apelada para intentar a presente demanda. 3. Apesar de taxativo o rol das pessoas que podem promover a interdição, não há qualquer relação de preferência entre eles, podendo desta feita, o magistrado decidir em conformidade com o melhor interesse do incapaz. 4. Atendendo ao melhor interesse do curatelado, este deve permanecer sob os cuidados da apelada; primeiro porque este já está acostumado com o ambiente em que vive e com os cuidados a que é submetido, segundo porque o próprio curatelado quando da audiência, apesar de suas limitações, expressou claramente a vontade de permanecer com a apelada, ao invés do apelante, o que nos leva a crer que o interditado obteve junto à família desta, um laço familiar digno e afetuoso. 5. Conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, para manter na íntegra a sentença de 1º grau, tudo em conformidade com o parecer ministerial. (TJPA, AC 20123028360-2, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, j. 08/07/2013).

40

Orlando Gomes, Direito de família, 447.

41

Recurso especial. Processual civil. Civil. Família. Avó paterna alimentante. Neto interdito. Prestação de contas dos alimentos pela curadora. Incidente processual apenso à ação de interdição. Recurso de decisão exarada na prestação de contas. Legitimidade e interesse de agir da alimentante. Violação aos arts. 499, § 1.º, e 1.177, II, do CPC. Ocorrência. Recurso especial provido. 1. De acordo com as regras dos arts. 499 e 1.177, II, do CPC, a avó paterna alimentante reúne legitimidade e interesse para interpor agravo de instrumento contra decisão exarada em sede de prestação de contas dos alimentos, pois tem interesse em intervir no processo no qual se analisam as contas abrangendo a administração, pela curadora, dos alimentos que presta ao neto, declarado absolutamente incapaz. É notório o nexo de interdependência entre o interesse de intervir, do terceiro alimentante, e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, a adequada ou correta administração dos recursos pertencentes ao interdito. 2. Recurso especial provido. (STJ, RE 702.434, 4.ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 06/02/2014).

42

[42] Alteração de curatela. Prestação de contas. Diante do recebimento de renda mínima, e sem patrimônio, e, mesmo que exista a obrigatoriedade da prestação de contas, na forma dos arts. 1.755 do CC e 914 do CPC, neste caso, deve ser dispensada a exigibilidade deste encargo. Recurso provido. (TJRS, AC 70050170752, 7.ª C. Cív., Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 09/08/2012).

43

Interdição. Interrogatório da interditanda. Dispensa. Afastamento. Ato imprescindível à validade do processo, eis que visa à salvaguarda dos interesses da interditanda. Art. 1.181 do CPC. Necessidade de se ouvir a interditanda, a fim de extrair do seu interrogatório as impressões pessoais gerais de sua condição física e mental, de forma a contribuir ao melhor solucionamento da demanda. Determinação para a realização do interrogatório e elaboração de laudo pericial Recurso provido. (TJSP, AI 0586149-93.2010.8.26.0000, 5.ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Moreira Viegas, j. 20/06/2012).

44

Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, IX, 346.

45

Interdição e curatela. Ação de prestação de contas. Caso de extrema gravidade. Suspensão do exercício da função de curador. Possibilidade. Curador substituto. Ordem de preferência legal. Peculiaridades. Prudente arbítrio do juiz. 1. A cessação do exercício da curatela, por meio da remoção do curador, exige procedimento próprio, com observância da forma legal disposta nos arts. 1.194 a 1.198 do CPC. 2. A suspensão da curatela, prevista no art. 1.197 do CPC, pode ser determinada no bojo de outra ação, desde que esteja configurado caso de extrema gravidade que atinja a pessoa ou os bens do curatelado. 3. Admitida a existência de fatos sérios passíveis de causar dano ao patrimônio da curatelada, deve ser mantida a decisão que determinou a suspensão do exercício da função de curador regularmente nomeado nos autos de interdição, para, somente após a apuração dos fatos, mediante o devido processo legal e ampla defesa, decidir-se pela remoção definitiva ou retorno do curador à sua função. 4. Com base no livre convencimento motivado, é o Juiz soberano na apreciação das provas, as quais são infensas à análise do STJ nesta sede recursal. 5. Nos processos de curatela, as medidas devem ser tomadas no interesse da pessoa interditada, o qual deve prevalecer diante de quaisquer outras questões. 6. Agregue-se à especial relevância dos direitos e interesses do interditado a tutela conferida às pessoas com 60 anos ou mais, que devem ter respeitada sua peculiar condição de idade. 7. Age

prudentemente o Juiz que, rente aos fatos e às circunstâncias de beligerância familiar em que estiverem inseridas as partes no processo, faz recair sobre pessoa idônea e que não esteja vinculada aos interesses dos litigantes a função de curador substituto. 8. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.137.787/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09/11/2010).

46

Interdição. Curatela provisória. Cabimento. 1. É cabível a nomeação de curador provisório quando existem elementos de convicção seguros que evidenciem a incapacidade civil do interditando. 2. Justifica-se o deferimento da curatela provisória quando está comprovado que a interditada enfrenta doença mental incapacitante e claramente não tem condições de reger a sua pessoa e administrar a sua vida, necessitando receber a pensão previdenciária para prover a sua subsistência, pois vem sendo atendida pela mãe, que pretende exercer a curatela. Recurso provido. (TJRS, AI 70063870349, 8.ª C. Cív., Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11/03/2015).

33. ASPECTOS INTERNACIONAIS

SUMÁRIO: 33.1 Casamento: 33.1.1 No estrangeiro; 33.1.2 De estrangeiros - 33.2 Divórcio - 33.2.1 Partilha de bens - 33.3.2 Guarda e visitação - 33.4 Sequestro internacional - 33.5 Reflexos sucessórios - Leitura Complementar.

Referências legais CF 5.º 3.º e 5.ª XXX e XXXI; Dec. 3.413/00 (Convenção da Haia sobre subtração internacional de crianças); LTNDB; CC 1.544; CPC 21 a 41; Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) 32 § 1.º; Resolução 9/05 do STJ.

Como o amor não tem limites, as pessoas podem casar com quem quiser e onde lhes aprouver.

O casamento é universal!

Vale em todo o mundo, independente de onde se realizou e de quem casou com quem: sejam pessoas de uma mesma nacionalidade ou de nacionalidade diversas.

A globalização eliminou distâncias e a mobilidade é total. Todos têm acesso a todos os lugares. Claro que tanto o surgimento de vínculos afetivos como o desfazimento do sonho de amor eterno, ocorrem de maneira cada vez mais frequentes.

Deste modo, surge uma gama enorme de situações que ensejam respostas diferenciadas. Afinal, cada estados tem a sua soberania, com legislações diversas e diferentes consequências jurídicas para situações idênticas.

Estas questões são afeitas ao **direito internacional privado**. No Brasil se encontram regulamentadas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (7.º, 12 e 18) e na legislação infraconstitucional (CC 1.544 e CPC 21 a 41). Inúmeros tratados e convenções

internacionais, que equivalem a emendas constitucionais (CF 5º 3º), regem as relações de família e que contêm regras específicas de cooperação jurídica, administrativa e jurisdicional.[1]

O direito das famílias é regido pela **lei do domicílio** (LINDB 7º).

33.1. Casamento

Em regra, se o casamento é válido segundo o direito do país em que foi celebrado, é válido no estrangeiro. Constitui-se em **ato jurídico perfeito** e, por conseguinte, é existente, válido e eficaz.

Quando é levado a efeito no exterior, o casamento segue as **formalidades** do país em que for **celebrado**.

Duas são as modalidades possíveis: casamento realizado no consulado ou embaixada e casamento de estrangeiros.

33.1.1. No estrangeiro

Quer sejam ambos ou somente um dos noivos **brasileiros**, o casamento no exterior pode ocorrer tanto perante as autoridades consulares brasileiras como perante as autoridades locais.

O casamento realizado no estrangeiro perante as **autoridades consulares brasileiras** segue as regras do direito pátrio e vale desde logo.[2] No entanto, no prazo de **180 dias** do retorno de um ou de ambos os cônjuges para o Brasil, o casamento deve ser levado a registro no **Cartório do Registro Civil** do local onde o casal residia ou passaram a residir (CC 1.544).

O descumprimento desta providência, no entanto, não afeta a higidez do casamento, sendo que o registro serve para dar-lhe publicidade.[3] O registro não dispõe de efeito constitutivo, apenas

declaratório. Portanto, tem **efeito ex tunc**, a partir da data da celebração e não apenas do registro. É o que sustenta Jacob Dolinger: apesar da expressão legal, não foi intenção do legislador obrigar o registro do casamento, cuja validade independe do registro legal.[4] Até por isso a providência até seria desnecessária, porque os espaços diplomáticos são considerados território nacional. Ou seja, o casamento não foi celebrado no estrangeiro.

33.1.2. De estrangeiros

O **casamento consular** de estrangeiros pode ser realizado no Brasil perante a autoridade diplomática do país de origem dos noivos, em que se aplica a legislação do país de ambos.

Para **estrangeiros** casarem no Brasil, é preciso que sejam obedecidas as exigências e as formalidades da lei brasileira. É necessário que ambos sejam da **mesma nacionalidade**, pois somente podem casar perante a autoridade diplomática ou consular de seu país (LINDB 7º § 1º).

O casamento de **estrangeiros** ocorrido **exterior** precisa ser levado a registro no Brasil. A exigência não diz somente com o casamento, mas a todos os documentos de procedência estrangeira para surtir efeitos com relação a terceiros (LRP 129 § 6º). A finalidade é dar-lhe publicidade. A omissão não afeta a higidez do casamento, mas subtrai sua eficácia no território nacional.[5]

Sempre que o casamento ocorrer no **estrangeiro**, o seu registro no Brasil está condicionado ao reconhecimento de que a lei do local da celebração não fere a ordem pública nacional e aos bons costumes (LINDB 17). Claro que o exemplo sempre é dos países que admitem a poligamia.

Quanto ao **regime de bens** - quer convencional, quer legal - a regra de competência é a do **domicílio dos noivos**. Caso sejam diferentes, do primeiro domicílio conjugal (LINDB 7º § 4º).

O estrangeiro casado que se **naturalizar** brasileiro, pode adotar o regime da comunhão parcial de bens. Basta haver a concordância do cônjuge, devendo o pedido ser formulado quando da entrega do decreto de naturalização (LINDB 7º § 5º).

33.2. Divórcio

Findo o amor eterno, amor além fronteiras, a dissolução do casamento precisa obedecer as regras de **competência internacional**.

A competência brasileira é determinada pela **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** (LIBDB 7º) e pelo **Código de Processo Civil** que, além de estabelecer os limites da jurisdição nacional (21 a 25) traz regras de cooperação internacional (26 a 41).

Sendo um ou ambos os cônjuge **brasileiros**, é de competência da **justiça brasileira** a dissolução do casamento realizado no **estrangeiro**, quando o casal reside no Brasil e o casamento foi levado a **registro cartorário** (LINDB 7º).

Mesmo não tendo sido levado a registro o casamento, o divórcio pode ocorrer no Brasil.[6]

Estrangeiros que casaram **fora do país**, se o casal mantinha residência no Brasil, é possível promovem aqui o divórcio.[7]

Independente do lugar onde ocorreu o casamento, se um ou ambos os cônjuges for brasileiro, levado a efeito o **divórcio no estrangeiro**, para a dissolução ser reconhecida no Brasil é indispensável obedecer as mesmas condições estabelecida para que a

eficácia das sentenças estrangeiras (LINDB 7º § 6º): a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Pelo que diz a lei, que é do ano de 1942 - primeira metade do século passado! - é necessário aguardar o decurso do prazo de **um ano** da sentença do divórcio ou da separação judicial para ser buscada a homologação (LINDB 7º 6º).

Durante todos estes anos, a grande mudança que a lei sofreu foi do seu nome. Por incrível que possa parecer, em 2010, foi movimentada a máquina dos poderes legislativo e executivo para alterar a sua nomenclatura: de Lei de Introdução ao Código Civil, passou a chamar-se Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Nada mais. Sequer houve o cuidado de adequá-la à reforma constitucional que terminou com o instituto da separação e eliminou prazos para a concessão do divórcio.

Deste modo, impositivo uma releitura de seus dispositivos dentro da moldura constitucional. Não cabe mais exigir o decurso de qualquer prazo para a homologação do divórcio. Também é inadequado falar em **homologação de sentença estrangeira** porque, mundo afora, como acontece aqui, o divórcio pode ser levado a efeito extrajudicialmente, não havendo sentença que se sujeite a homologação. Resolução do STJ admite a homologação de provimento não judicial que, pela lei brasileira, tem natureza de sentença.[8]

O ato homologatório é de **competência** do Superior Tribunal de Justiça (CF 105 I i), podendo ser **reexaminada** a decisão levada a efeito em outro país, conquanto seja requerida por algum interessado. Há que se questionar quem seriam os **interessados** com legitimidade para requerer o reexame de uma decisão estrangeira. Os cônjuges? Seus pais? Eventuais credores? O Ministério Público? São perguntas que não têm resposta na lei.

Há um meio de contornar todos estes entraves. Simplesmente o casal pode divorciar-se novamente no Brasil. Como a dissolução não foi homologada aqui, o casamento subsiste.[9]

Ainda que um ou os dois sejam brasileiros, caso tenham se divorciado fora do Brasil, não há impedimento para **novo casamento** no estrangeiro. No entanto, somente após o registro do divórcio aqui é possível proceder ao registro do novo casamento realizado fora.[10]

Outra hipótese prevista no Manual Consular é o casamento de brasileiro com estrangeiro divorciado. Celebrado o casamento no exterior, não há necessidade de homologação do divórcio no Brasil para proceder-se ao registro do casamento.[11]

Questão que gera divergência doutrinária é sobre a validade do **novo casamento** e a eventual configuração do crime de **bigamia** se o divórcio realizado no exterior não foi homologado no Brasil. A lei nada prevê. O novo casamento é nulo, anulável ou simplesmente ineficaz até que ocorra a homologação do divórcio? O Código Civil diz que não podem casar as pessoas casadas (CC 1.521 VI). O Código Penal criminaliza a bigamia (CP 235). Para o cônjuge que era casado a pena é maior (de dois a seis anos de reclusão). O cúmplice, ou seja, quem sabia que o noivo já era casado quando casou com ele, a pena é menor (reclusão de um a três anos).

A tendência é considerar o novo casamento **anulável**, pois o vício pode convalidar quando da homologação do divórcio. A dissolução do casamento levado a efeito no estrangeiro existe e é hígido. É somente **ineficaz** aqui, enquanto não homologado. Assim, não se pode falar em bigamia. Também não é necessário que um "recasamento" depois do registro do divórcio.

Para evidenciar a conveniência da regularização registral no Brasil do casamento e do divórcio, cabe o exemplo trazido por Sérgio Pereira Diniz Botinha e Manuella Bambirra Cabral: brasileiros

casados no Brasil divorciam-se nos EUA. A brasileira casa novamente com americano e não homologa seu divórcio no Brasil e nem registra o novo casamento. Seu ex-marido brasileiro falece. Ela teria direito a herança? No Brasil, ela consta ainda como casada, mas de fato ela já é divorciada e casada pela segunda vez. Há ainda a questão da disposição de bens imóveis localizados no Brasil: o cônjuge precisaria da outorga uxória, já estando divorciado no exterior, mas não tendo ainda homologado a sentença no Brasil?[12]

33.2.1. Partilha de bens

Quanto aos bens e sua partilha - quer convencional, quer litigiosa - vale a lei do **domicílio** dos nubentes. E, se este for em locais diverso, o lugar do primeiro domicílio conjugal (LINDB 7º § 4º).

No que diz com os **bens imóveis localizados no Brasil**, a competência é exclusivamente a nacional (LINDB 12º § 1º e CPC 23 I).

Com relação aos **bens localizados no exterior**, a deliberação sobre a divisão igualitária, segundo as regras do direito pátrio, a competência é da autoridade brasileira.[13]

33.3. Guarda e visitação

As questões relativas a guarda, regime de convivência e alimentos dos filhos incapazes, precisam estar solvidas quando do divórcio ou dissolução da união estável dos pais. Não só quando for consensual (CPC 731). Nas demandas litigiosas, também é necessário que tais temas sejam trazidos a juízo (CPC 693). Ocorre um **cúmulo de ações**. Solvida uma ou algumas de forma consensual, prossegue o processo quanto aos demais pontos. É o que se chama equivocadamente de sentença parcial (CPC 356). Além do divórcio, a dissolução da união estável, a definição dos alimentos e o estabelecimento do regime de visitação, comportam deliberação.[14]

Como as demandas de família são regidas pela **competência territorial** (LIBDB 7º), insere-se neste conceito tudo o que diz respeito aos filhos. No entanto, a transferência e permanência de uma criança ou adolescente para outro país, sem que haja o consentimento de um dos genitores, é equivocadamente nominado de **sequestro internacional**. Quando ocorre a subtração de forma ilícita, o procedimento de repatriação é regulado pela Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, abreviadamente chamada de **Convenção da Haia**.[15]

A existência desta demanda, que injustificadamente tramita perante a Justiça Federal, impede que, no processo de divórcio, sejam deliberadas as questões referentes à guarda definitiva. No entanto, a guarda provisória e o estabelecimento de um regime de visitação, até o deslinde da questão internacional, compete à justiça estadual.

33.4. Sequestro Internacional

O fenômeno da globalização permitiu às pessoas se tornarem cidadãs do mundo. Mudam de país, casam com pessoas de outras nacionalidades e têm filhos. A mobilidade enseja o surgimento de inúmeros problemas em razão das diferenças que existem entre os vários sistemas jurídicos. Daí a importância dos tratados e convenções internacionais.

As sérias consequências das mudanças internacionais de domicílio envolvendo crianças levou o Brasil a ratificar a **Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças**, mais conhecida como **Convenção da Haia**. A convenção é de 1980, mas foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio somente no ano de 2000.[16]

Apesar do nome, não se trata de "sequestro" como delito previsto no direito penal. Por isso se costuma chamar de **subtração**

interparental ou **deslocamento ilegal**. A transferência ilícita e a retenção indevida de menor, de até 16 anos (4.º), em território nacional, sem a devida autorização do outro responsável pela guarda, configura sequestro internacional parental, sendo ilegal e injustificada, o que caracteriza ofensa ao dever de boa-fé que deve estar presente nas relações intersubjetivas.[17]

A Convenção determina que os países ratificantes enviem de volta as crianças ilicitamente retiradas do país de sua residência habitual (1.º, *a*). Regula a guarda e o direito de visita aos infantes (5.º e 21). Também serve para dar efetividade ao direito de visita de um dos pais ou parente, por meio dos mecanismos postos à disposição das autoridades centrais de cada Estado.[18] É reconhecida como ilícita a retenção ou remoção quando houver violação do direito de guarda atribuído a uma pessoa, ou a uma instituição ou qualquer outro organismo, de forma individual ou conjunta, pela lei do Estado onde a criança tinha sua residência habitual imediatamente antes da conduta ilícita. O direito de guarda pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo (3.º).

Considerando que as autoridades do país de origem apresentam melhores condições para decidir sobre a guarda e a vida da criança, é determinado o seu retorno imediato (16). Por isso as autoridades judiciais ou administrativas têm o prazo de seis semanas para adotar as medidas de urgência (2.º) que levem a criança de volta ao seu país de origem (11).

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode comunicar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência e assegurado o retorno do infante (8.º).

No Brasil, a função de **Autoridade Central** é exercida pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, e a competência para a apreciação dos casos relativos à aplicação da Convenção é da Justiça Federal (CF 109 III). Cabe à Autoridade Central do Estado promover a tentativa de uma solução amigável (10.º). Nestes casos, possível a utilização dos procedimentos de mediação ou conciliação. Desde 2006, no Supremo Tribunal Federal existe um Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção da Haia.

O retorno imediato deve ocorrer quando a transferência ou retenção ilícita tiver ocorrido em período menor de **um ano** entre o ato e o pedido apresentado às autoridades. Mesmo expirado esse prazo, deve ser ordenado o regresso imediato, salvo quando comprovado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio (12).[19] No entanto, a determinação de devolução da criança ilicitamente retirada de seu país não é um princípio absoluto. Deve-se analisar o interesse maior da criança, que tem assento constitucional (CF 227). [20]

São enumeradas as hipóteses em que a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno do infante (13): a) quando a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; b) havendo risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

Também pode haver recusa quando se verificar que a criança atingiu idade e grau de maturidade em que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. E recomenda: ao apreciar as circunstâncias referidas neste artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as

informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança. O envio também poderá ser negado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (20).

Nos casos de sequestro internacional de crianças trazidas para o Brasil, a Autoridade Central Federal atua nos pedidos de repatriação enviados diretamente pela autoridade central estrangeira. Não sendo possível o acordo amigável (10), a Advocacia-Geral da União ajuíza o pedido perante a Justiça Federal. O pedido pode ser formulado por parentes, que também podem participar do processo como assistentes. A grande discussão que se trava diz com a **competência**, em face da consagração da regra da lei do domicílio (LINDB 7.º). Como se trata de **competência absoluta**, que é matéria de ordem pública, deve ser apreciada de ofício pelo juízo (CPC 63 § 3.º). Enquanto a ação de busca e apreensão, visando a repatriação tramita perante a **justiça federal**, s ações de guarda é proposta na **justiça estadual**. O STJ já reconheceu inexistência de **conexão** entre as demandas, somente **prejudicialidade**.[21]

Cabe à Autoridade Central Brasileira requerer a atuação da Interpol para a localização da criança e prestar esclarecimentos sobre os trâmites e diligências referentes à Convenção. O Ministério Público deve acompanhar toda ação que envolva os interesses de crianças e adolescentes (CF 129 IX, CPC 178 II e 698, ECA 201 VIII). O Código de Processo Civil regulamente a cooperação jurídica internacional (CPC 26 a 41).

Com o mesmo objetivo, foi instituído o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos.[22]

33.5. Reflexos sucessórios

Tudo que diz respeito a vínculos afetivos que se perenizam no tempo, traz reflexos quando eles se desfazem pela morte de um do par. Deste modo, surgem questões no âmbito do direito sucessório. A regra da competência é a mesma, quer em âmbito nacional (CC 1.785 e CPC 48) quer internacional (LINDB 10): a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

A Constituição Federal garante o **direito à herança** (CF 5ª XXX), independente de a morte do seu titular ocorrer no Brasil ou no exterior. O **inventário e a partilha** dos bens situados no **território nacional**, necessariamente, são aqui inventariados (LINDB 12 § 1º).

Quando existem **bens no Brasil**, e seu titular era **estrangeiro**, surge uma exceção. Para atender ao **princípio da proteção da família**, cabe a aplicação da lei mais benéfica ao cônjuge, ao companheiro e aos herdeiros que forem brasileiros (CF 5º XXXI e LINDB 10 § 1º).

Ou seja, se a legislação do país do falecido for **mais favorável** aos herdeiros, pode ser aplicada pelo juiz brasileiro legislação estrangeira. Ele pode requerer que a parte traga o texto legal e comprove sua vigência (LINDB 14). O texto legal deve ser vertido ao português por tradutor juramentado (CPC 192 parágrafo único) ou o juiz nomeia tradutor (CPC 162 I). Depois disso ele precisa fazer um estudo de direito comparado para ver qual a legislação que irá aplicar.

Leitura Complementar

CAVALCANTE, Márcio André. Separação e divórcio no consulado (Lei 12.874/2013). *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano X, n. 56, p. 9-13, mar. 2014.

Manual de Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores

MARTINS, Adler, *Regulação de casamentos e divórcios internacionais*. Disponível em: < http://adlerweb.blogspot.com.br/2011/09/regulacao-de-casamentos-e-divorcios.html>. Acesso em: 13 out. 2015.

DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado - casamento e divórcio*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PASSOS, Anderson, *O casamento no direito internacional*. Disponível em: < http://www.academia.edu/4878094/O_casamento_no_direito_internacional >. Acesso em: 13 out. 2015.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *A família nas relações privadas transnacionais: aportes metodológicos do direito internacional privado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 855-897.

1

Fabrício Polido elenca 25 tratados e convenções internacionais (A família nas relações privadas transnacionais, 889)

2

Anderson Passos, O casamento no direito internacional

3

Adler Martins, Regulação de casamentos e divórcios internacionais

4

Jacob Dolinger. Direito Civil internacional, 49.

5

Sentença estrangeira contestada. Divórcio. Acordo de dissolução de sociedade conjugal. Guarda de filhos menores, pensão e partilha de imóvel localizado no brasil. Ausência de especificação. Impossibilidade de identificar o sentido do acordo. Homologação deferida em parte. (...) 2. A contestação se restringe à insurgência contra a produção de efeitos em território nacional, no tocante à alegada partilha do patrimônio imobiliário do casal. (...) 5. A jurisprudência do STJ admite a validade de cláusula consensual inserida em sentença estrangeira que verse sobre imóveis situados no Brasil. Contudo, ausente expressa composição entre as partes, prevalece a regra do art. 89 do CPC (SEC 5.528/EX, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, *DJe* 4.6.2013; SEC 4.913/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, *DJe* 22.5.2012). 6. A impossibilidade de identificar o sentido da sentença estrangeira sobre a disposição do patrimônio imobiliário constitui fundamento suficiente para obstar a homologação quanto a esse ponto específico (art. 9º da Resolução STJ 9/2005). 7. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido em parte.

6

Ação de divórcio litigioso. Casamento realizado no exterior. Ausência de registro no brasil. Inteligência do art. 7º da lei de introdução às normas do direito brasileiro - LINDB. Competência da justiça brasileira. Recurso provido. Ensina o art. 7º da LINDB que as leis do país onde a pessoa é domiciliada regulam as regras do direito de família. Assim, o simples fato do matrimônio não ter sido registrado no Cartório do Registro Civil não é empecilho para que a Ação de Divórcio Direto seja processada na Justiça Brasileira. Veja-se que o registro tem o condão de dar publicidade perante terceiros, sendo o ato jurídico válido e eficaz. Sentença anulada. (TJBA, APL 0045630-28.2004.8.05.0001, 1ª C. Cív., Rel. Maria da Purificação da Silva, j. 16/12/2013).

7

Direito civil. Família. Ação de divórcio. Partes estrangeiras. Casamento celebrado no exterior. Domiciliados no brasil. Partilha. Compete á autoridade judiciária brasileira para apreciar ação de divórico, quando os cônjuges são domiciliados no brasil, mesmo que o matrimônio tenha sido realizado no exterior. Recurso provido. (TJRS, AC 70055647879, 7ª C. Cív., Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 06/08/2013).

8

Resolução 9/05 do STJ.

9

Yussef Said Cahali, Divórcio e separação, 98.

10

Manual de Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, 4.3.19.

11

Manual de Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, 4.3.22.

12

Sérgio Pereira Diniz Botinha, Manuella Bambirra Cabral, Eficácia no Brasil de casamento e divórcio realizados no Exterior

13

Recurso especial. Civil e processual civil. Direito internacional privado. Ação de divórcio. Partilha de bens adquiridos na constância da união e, após, o casamento. Bens localizados no exterior. Competência da justiça brasileira para a definição dos direitos e obrigações relativos ao desfazimento da instituição da união e do casamento. Observância da legislação pátria quanto à partilha igualitária de bens sob pena de divisão injusta e contrária às regras de direito de família do brasil. Reconhecimento da possibilidade de equalização dos bens. Precedente. Dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1.410.958-RS (2011/0244043-3), 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22/04/2014).

14

Direito internacional. Casamento entre brasileiros celebrado no exterior e devidamente registrado no Brasil (artigo 32, § 1º, da Lei 6.015/73). Divórcio. Réu domiciliado no exterior - competência internacional. Exceção de incompetência da justiça brasileira (artigo 88, III, do CPC e artigo 7º e 7º da lei de introdução às normas do direito brasileiro). Competência da justiça brasileira. Recurso, neste ponto, improvido. 1. Existindo conflito de leis no espaço, para a determinação da legislação aplicável é necessário que se estabeleça, prioritariamente, a competência internacional, regulada, na legislação brasileira, no que pertine à espécie dos autos, pelo artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil. Dentro dessa ideia, é de se ver que o ordenamento jurídico pátrio acolheu como elemento de conexão, para firmar a competência da justiça brasileira, na forma do artigo 88, III, do CPC, ter o fato ocorrido no Brasil ou o ato aqui praticado, norma que deve ser aplicável quando se

constata que o casamento dos litigantes, embora realizado no estrangeiro (Portugal), foi levado a registro perante o Registro Público situado no Brasil, aqui devendo produzir efeitos, na forma do artigo 32, § 1º, da Lei 6.015/73. 2. De outro tanto, o artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família". Os direitos e deveres decorrentes do matrimônio regular-se-ão pela do país em que for domiciliada a pessoa casada, de sorte que, em conformidade com o nosso ordenamento jurídico, é"a justiça brasileira, mediante aplicação de nossas leis, a competente para decidir sobre separação judicial ou divórcio ajuizado pelo nacional ou estrangeiro aqui domiciliado. 3. Assim, a Justiça Brasileira é competente para processar e julgar as controvérsias atinentes ao Direito de Família quando uma das partes é domiciliada no Brasil, no caso a autora e quando o casamento realizado no estrangeiro foi aqui registrado para produzir efeitos, inclusive e em especial para firmar a competência da Justiça Brasileira para processo e julgamento da ação de divórcio cumulada com guarda da filha do casal, regulamentação de visita e fixação de pensão alimentícia. Pedido de repatriamento da filha menor do casal formulado perante a justiça federal - artigos 13, 'B' e '6 da convenção de haia pedido que implica na suspensão do curso da ação em relação à guarda da menor e regulamentação do direito de visita aplicação do artigo 265, iv, a, do cpc, até julgamento do pedido de repatriamento. Recurso, no ponto, provido. O pedido de repatriamento do filho do casal perante a Justiça Federal impede decisão de mérito sobre o direito de guarda e regulamentação da visita, por força do artigo 16 da Convenção de Haia, aplicando-se, na espécie, o artigo 265, IV, a, do CPC (prejudicialidade externa), até julgamento daquele pedido pela Justiça Federal. Todavia, em razão do disposto no artigo 13, b, da mesma Convenção, é lícito à Justiça Comum, deliberar sobre a guarda provisória da filha do casal, até mesmo pelo fato de que a ação de guarda (que é pedido cumulado ao de divórcio) foi ajuizada anteriormente ao pedido de repatriamento, devendo ser mantida essa decisão em atendimento ao princípio da proteção ao melhor interesse da criança. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido, em parte com o parecer. (TJMS, AI 0601907-34.2012.8.12.0000, 4ª C. Cív., Rel. Des. Dorival Renato Pavan, j. 23/04/2013).

15

Dec. 3.413/2000, Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

16

[16] Dec. 3.413, de 14/04/2000.

17

Marcos Duarte, A *lex domicilii* e a Convenção..., 32.

18

Nadia de Araújo, Direito internacional privado..., 504.

19

Convenção da Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Cooperação jurídica entre Estados. Busca e apreensão de menores. Repatriação. 1. Cinge-se a controvérsia à aplicação da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, ratificada pelo ordenamento jurídico brasileiro vinte anos após sua conclusão mediante a edição do Decreto 3.413, de 14/04/2000, que entrou em vigor na data de sua publicação no *DOU* em 17/04/2000, tendo como objetivo (art. 1.º): "a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) "fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante." (...) 3. A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças tem como escopo a tutela do princípio do melhor interesse da criança, de modo que nos termos do *caput* do art. 12 da referida Convenção, "Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do art. 3.º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. "4. De acordo com o REsp 1.239.777/PE, Rel. Min. César Asfor Rocha, a Convenção da Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica. 5. Na hipótese dos autos, a ação foi proposta após o prazo de 1 (um) ano a que se refere o art. 12 *caput*, da Convenção. Sendo que o acórdão recorrido, ao reformar a sentença para que a menor permanecesse em solo brasileiro assentou que "diante da constatação no estudo psicológico de que a menor se encontra inteiramente integrada ao meio em que vive e que a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento, e do próprio reconhecimento da Autoridade Central Administrativa de que "não seria prudente, portanto, arriscar que ela vivencie uma nova 'ruptura' de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade" (três anos à época da avaliação), a "interpretação restritiva" dada pelo ilustre Juiz ao art. 12 da Convenção, determinando o imediato regresso à Argentina,

quatro anos depois do seu ingresso em solo nacional (hoje conta com seis anos), vai de encontro à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança." 6. Nesse ponto, melhor destino não se revela o recurso, pois a tarefa de apreciar os elementos de convicção e apontar o "melhor interesse da criança" não ultrapassa a instância ordinária, soberana no exame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes: (REsp 900.262/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 21/06/2007; REsp 954.877/SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, 1.ª T., j. 04/09/2008). Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 1.293.800/MG, 2.ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. 28/05/2013).

20

Internacional e processual civil. Busca e apreensão de menor. Mãe brasileira e pai americano. Criança transferida ilicitamente para o Brasil. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Legitimidade ativa: genitor e autoridade central brasileira. (...) Mérito. Estudo psicológico. Completa adaptação do menor ao novo meio social. Restituição ao país de moradia anterior: impossibilidade. Reforma da sentença. 1. Nos termos do art. 6.º, *caput*, do Decreto 3.413/2000, que promulgou a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), "cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção". 2. Impõe o art. 7.º, F, do Decreto 3.413/2000, por seu turno, a necessidade de que as autoridades centrais cooperem entre si e promovam a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da Convenção, determinando a adoção, direta ou indiretamente, de todas as medidas apropriadas para "dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita". Preliminar de ilegitimidade ativa da União afastada. (...) 4. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças objetiva assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente, excetuada a hipótese de não integração do menor ao novo meio e se exigir risco grave de que fique sujeito a perigos de ordem física ou psíquica, devidamente atestados por prova pericial. 5. Estudo psicológico produzido nos autos revela a plena adaptação do menor transferido ilicitamente para o Brasil ao novo meio em que inserido, sendo presumida a ocorrência de prejuízos de ordem emocional caso determinado seu retorno ao País de origem, seja porque privado estará do convívio contínuo, há mais de oito anos, com parentes e amigos, seja porque, à época em que realizada a prova pericial, sequer compreendia o idioma inglês. Prevalência

da proteção maior ao interesse da criança. 6. O direito de visita deve ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança (art. 21 da Convenção de Haia), não podendo ser objeto de exame em ação de busca e apreensão cujo pedido foi julgado improcedente. 7. Recurso de apelação interposto pela ré a que se dá provimento, julgando-se improcedente o pedido inicial. Inversão dos ônus da sucumbência, impondo à União o pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), na forma do art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil. (TRF 1.ª Região, AC 3352220084013800-MG, 6.ª T., Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, j. 07/04/2014).

21

Conflito de competência. Ação de busca e apreensão proposta na justiça federal com base na Convenção de Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Ação de guarda e regulamentação de visitas proposta na justiça estadual. Inexistência de decisões conflitantes. Inexistência de conexão. Hipótese de prejudicialidade externa. 1. Na ação de busca e apreensão em curso na Justiça Federal, cinge-se o julgador ao exame da ocorrência de transferência e retenção ilícitas de criança e de eventual motivo para a recusa da restituição. 2. A decisão sobre o fundo do direito de guarda e visitação é do juiz de família. 3. A cooperação internacional estabelecida pela Convenção de Haia tem por escopo repor à criança seu status quo, preservando o juiz natural, assim entendido o juiz do local de sua residência habitual, para decidir sobre a guarda e regulamentação de visitas. 4. Inexiste conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação de guarda e regulamentação de visitas, senão, apenas, prejudicialidade externa, a recomendar a suspensão desta última. 5. Conflito de competência não conhecido. (STJ, CC 132100-BA 2014/0002719-9, 2.ª S. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25/02/2015).

22

[22] Lei 12.127, de 17/12/2009.

34. QUESTÕES INTERTEMPORAIS

Sempre que entra em vigência uma nova Constituição, um novo Código ou uma nova Lei surgem questionamentos a respeito de qual norma aplicar diante de situações constituídas na vigência da legislação pretérita e que perpassam para o tempo da nova lei.

Quando do advento da Constituição Federal, muito se questionou sobre sua aplicabilidade, apesar da expressa determinação de **vigência imediata** das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (CF 5.º § 1.º).

Com o Código Civil e o Código de Processo Civil o tema volta à baila.

Em princípio, a lei nova vem para disciplinar as relações futuras, devendo ser preservados a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (CF 5.º XXXVI). A **irretroatividade** é a regra geral, pois a lei somente se torna obrigatória depois de ser publicada. Assim, estender a sua ação para o passado é obrigar o cidadão a obedecer a lei que ainda não existe. Seria tornar vacilantes e incertas todas as relações jurídicas.[1]

Nas disposições finais e transitórias do **Código Civil**, apenas duas regras dizem respeito ao direito das famílias.

Quanto ao **regime de bens**, a previsão é de todo dispensável. Por demais óbvio que as regras sobre o regime de bens só podem ser as vigorantes por ocasião do casamento. Ainda assim está explicitada a aplicação da legislação pretérita quanto ao regime de bens do casamento celebrado anteriormente à sua vigência (CC 2.039).

O **Código de Processo Civil**, em suas disposições finais concede prioridade de tramitação aos processos em que as partes ou

interessados forem crianças ou adolescentes; tiverem mais de 60 anos ou que sejam portadores de doenças graves (CPC 1.048)

Foram revogados alguns dispositivos da Lei da Assistência Judiciária (L1.060/50) e os artigos da Lei de Alimentos referentes à execução (L 5.478/68).

A lei processual também revogou os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil. Alguns dos dispositivos foram restaurados pelo **Estatuto da pessoa com deficiência**. No entanto, como a entrada em vigor do CPC é posterior à vigência do EPD, seus dispositivos terão vigência efêmera: entre 03/01/2016 a 17/03/2016. A lei processual, por ser mais nova, é a que se encontra em vigor. No entanto, o CPC precisa ser interpretado de acordo com a **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**, que tem força de emenda constitucional.

Em sede de direito intertemporal, há alguns princípios bem definidos: as leis que definem o **estado das pessoas** aplicam-se imediatamente a todos que se achem nas novas condições previstas.[2]

Uma assertiva é incontestável: não há direito adquirido a um estatuto legal. Quando se está diante de situação posta na lei, pouco espaço sobra para a noção de direito adquirido.[3] Tem prevalecido o princípio *tempus regit actum*, ou seja, se a causa geradora do direito é anterior ao preceito, não se estendem à causa os efeitos previstos no direito.[4] Caso contrário, haveria uma "traição" à norma.[5]

Leitura complementar

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Estudos de direito intertemporal e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAHALI, Francisco José. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 199-216.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

LACERDA, Galeno. *Onovo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

SILVA, Paulo Lins e. O direito intertemporal no novo Código Civil. Casamento, dissolução, filiação e união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 491-503.

1

Mário Luiz Delgado, Problemas de direito intertemporal no Código Civil:..., 21.

2

Silvio Rodrigues, Direito civil: direito de família, 379.

3

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 122.

4

Francisco José Cahali, Direito intertemporal no livro de família..., 199.

5

Sérgio Gischkow Pereira, Estudos de direito de família, 122.

Bibliografia

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil.* 2.ª ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

______. Curatela: uma proposta de leitura constitucional do artigo 1.772 do Código Civil Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 07, p. 95-99, dez.-jan. 2009.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 359-372.

AGUIRRE, João. Tutela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, p. 695-726, 2015.

AIDAR, Antonio Ivo. União estável em tetos diferentes sob o manto da Súmula 382 do STF e artigos 1.723 e 1.725 do Código Civil brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, ano V, n. 30. p. 74-78, maio-jun. 2009.

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/998/Guarda+Compartilhada. Acesso em: 13 out. 2015.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 347-366.

______. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 31, p. 19-30, ago.-set. 2005.

______. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 139-155.

______. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161-197.

______; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coord.). *Famílias no direito contemporâneo* - Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 143-161.

ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 39, p. 52-78, dez.-jan. 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

ALMEIDA, Maria de Fátima. A mediação como método de resolução de conflitos familiares e a alienação parental. In: PEREIRA

JÚNIOR, Sylvio (org.). *Mestrado em Sistemas de Resolução de Conflitos.* Rio de Janeiro: Sapere, p. 131-141, 2015.

ALVES, Gabriela Muniz. O abandono moral no sistema jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/
index.php?n_link="revista_artigos_leitura&artigo_id=2261." Acesso em: 13 out. 2015.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 481-506.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Código das famílias comentado*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2010.

______. *Direito de família mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

______. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5.º, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 39, p. 131-153, dez.-jan. 2007.

AMARAL, Francisco. Direito constitucional: a eficácia do Código Civil brasileiro após a Constituição. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 309-323.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Estudos de direito intertemporal e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 38, p. 26-37, out.-nov. 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Juizado especial de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 181-185.

______. O reconhecido hábito social "ficar" como elemento ponderável de prova na busca do reconhecimento da paternidade. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 155-183.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id="1066."
Acesso em: 13 out. 2015.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*: teoria e prática brasileira. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2011.

ARAÚJO, Sandra Baccara. *Pai, aproxima de mim esse cálice*: significações de juízes e promotores sobre a função paterna no contexto da Justiça. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé. A "despenalização" do direito das famílias. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 257-284.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

______. Da execução da sentença: liquidação de sentença e cumprimento da sentença (Lei n. 11.232/05, arts. 475-A a 475-H e arts. 475-I a 475-R). In: SANTOS, Luiz Felipe Brasil (coord.). *As recentes reformas processuais*: Leis 11.187, de 19/10/05; 11.232, de 22/12/05; 11.276, de 07/02/06; 11.277, de 07/02/06; 11.280, de 16/02/06. Ciclo de Estudos. Cadernos do Centro de Estudos. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRGS, 2006. vol. 1, p. 39-55.

______. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

______. *Manual do processo de execução*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

______. *Manual dos recursos.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ASSIS, Arnoldo Camanho de. Investigação de paternidade e efeitos da revelia. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 33-44.

ASSIS, Marli Martins de. A distorção teórica dos elementos subjetivos nas decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 21, p. 75-107, abr.-maio 2011.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 279-298.

______. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas? In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto*

e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 301-320.

______. *Violência sexual intrafamiliar*: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: com comentários à Lei 8.009/90. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

______. Do bem de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 239-255.

______. Casamento religioso autônomo: resgate histórico. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano X, n. 59, p. 17-22, set. 2014.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2010.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BALBELA, João Rubens Pires; STEINER, Renata Carlos. União estável como ato-fato: importância da classificação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, p. 5-21, jun.-jul. 2012.

BAPTISTA, Sílvio Neves. *Guarda compartilhada.* Recife: Bagaço, 2008.

BARBEDO, Claudia Gay. A possibilidade de extensão da lei de alienação parental ao idoso. In. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. *Família contemporânea*: uma visão interdisciplinar. Porto Alegre: IBDFAM/Letra & Vida, 2011. p. 147-158.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação e linguagem. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

______. Prática da mediação: ética profissional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 55-67.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 07, p. 23-37, dez.-jan. 2009.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 379-390.

______. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 09, p. 25-34, abr.-maio 2009.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A pessoa idosa e seu direito prioritário à saúde: apontamentos a partir do princípio do melhor interesse do idoso. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 73-86.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e*

Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano XIII, n. 29, p. 20-37, ago.-set. 2012.

BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*: a paternidade no tribunal e na vida. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 14, p. 5-10, jul.-set. 2002.

______. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise.* São Paulo: Imago, 2003. p. 143-154.

BARUFFI, Helder; BARUFFI, Ana Cristina. A obrigação alimentícia no direito brasileiro e os direitos humanos: uma (re)leitura à luz dos tratados internacionais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago. p. 103-126.

BASTOS, Eliene Ferreira. Uma visão de mediação familiar. In: ____; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 139-154.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. vol. 2.

BICCA, Charles. *Abandono Afetivo*: o dever de cuidado e responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília: OWL, 2015.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência

familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 41-60.

______. As sociedades afetivas e a meação: alguns efeitos no procedimento de execução por quantia certa. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 22, p. 128-150, fev.-mar. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

______. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção*: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BLIKSTEIN, Daniel. *DNA, paternidade e filiação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Filiação e solução de conflitos de paternidade. In: FREITAS, Douglas Phillips (coord.). *Curso de direito de fa mília.* Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 133-156.

BOMFIM, Silvano Andrade do. O regime da participação final nos aquestos no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira das Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, n. 09, p. 59-80, abr.-maio 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOTINHA, Sérgio Pereira Diniz e CABRAL, Manuella Bambirra Eficácia no Brasil de casamento e divórcio realizados no Exterior. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link="revista_artigos_leitura&artigo_id=9360&revista_caderno=16" . Acesso em: 13 out. 2015

RAGA, Luiz Felipe Nobre. O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo de família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30. p. 108-122, out.-nov. 2012.

BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Casamento desfeito, transitoriedade e recomposição familiar. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. *Casamento*: uma escuta além do Judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006. p. 293-310.

______. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 255-278.

______; LIEDKE, Mônica Souza. Reprodução humana assistida: repercussões no campo de direito de família e nos direitos de personalidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (orgs.). *Direito das Famílias: por juristas brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 365-387.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Contestação de paternidade e a segurança da filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.).

Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 263-278.

______. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 36, p. 5-16, jun.-jul. 2006.

______. *Paternidades contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRITTO, Rodrigo Toscano de. Situando o direito de família entre os princípios da dignidade humana e da razoável duração do processo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 819-842.

BRUNO, Denise Duarte. Balizando sociologicamente a questão da ética nos litígios de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 495-507.

______. Direito de visita: direito de convivência. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise.* São Paulo: Imago, 2003. p. 311-324.

BÜRGUER, Marcelo L. Francisco de Macedo. Guarda, visitas e alimentos nas famílias homoparentais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 381-398.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios*: uma obrigação por tempo certo. Curitiba: Juruá, 2003.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; LANES, Mariana Lessa Siqueira. A flexibilização do princípio da irrevogabilidade da

adoção mediante a ponderação de interesses. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, ano IX, n. 49, p. 52-86, jul.-ago. 2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da importância da adoção internacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Adoção:* aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 283-292.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

______. Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 199-216.

______. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 225-237.

______; ROSA, Karin Regina Rick *et al. Escrituras públicas*: separação, divórcio, inventário e partilhas consensuais. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CAHALI, Yussef Said. Da renúncia dos alimentos pela mulher casada. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, p. 80-83, jun. 2004.

______. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

______. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. vol. 2.

CAMARADELLA, Mylena Rios; PÁDUA, Vanessa de. Aspectos jurídicos do parto anônimo. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 87-110.

CAMPOS, Argene; BRITO, Enrica Gentilezza de. O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 291-324.

CAMPOS, Wania Andréa; FIGUEIREDO, Luciana C. Duarte de. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 325-360.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Bem de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito de família*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 240-250 (Direito Civil, vol. 7).

______. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 28, p. 5-25, fev.-mar. 2005.

______. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. In: BREITTMANN, Stella Galbinski; STREY, Marlene Neves. Gênero e mediação familiar: uma interface teórica. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, ano VIII, n. 36, p. 71-87, jun.-jul. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A contradição no regime da separação absoluta de bens. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 144-158, out.-nov. 2004.

______. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 285-314.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 485-512.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Newton Teixeira. A mediação no direito das famílias: superando obstáculos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 29, p. 54-73, 2012.

______. Os entraves processuais em ação de alimentos, execução e o novo Código de Processo Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 345-258.

CARVALHO, Raphael Augusto Silva de. Regime da participação dos aquestos: uma análise crítica a respeito de sua viabilidade no

ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Esmape*, Recife, vol. 11, n. 24, p. 453-480, jul.-dez. 2006.

CARVALHO JR., Pedro Lino. Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 25, p. 42-57, ago.-set. 2004.

CARVALHO NETO, Inácio de. Incapacidade e impedimentos matrimoniais no novo Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (coord.). *Introdução crítica ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 413-448.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

______. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública.* 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

CATAN, João Henrique Miranda Soares. O réquiem dos contratos de namoro e a possibilidade da instituição da cláusula darwiniana. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/890/O+r%C3%A9quiem+dos+contratos+de+namoro+e+a+possibilidade+da+institui%C3%A7%C3%A3o+da+cl%C3%A1usula+darwiniana. Acesso em: 13 out. 2015.

CAVALCANTE, Márcio André. Separação e divórcio no consulado (Lei 12.874/2013). *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano X, n. 56, p. 9-13, mar. 2014.

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano*: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 31, p. 143-160, ago.-set. 2005.

CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de direito das famílias:* uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 39-54.

______. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 341-354.

CIAMBELLI, Viviane M. *Impacto da Alienação Parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais*. São Paulo: Iglu, 2012.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil.* In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 18.

______. *Do nome da mulher casada.* São Paulo: Forense Universitária, 2001.

______; SIMÃO, José Fernando; FUGITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (orgs.). *Direito de família no novo milênio -* Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Helenira Bachi. Da reparação civil dos alimentos. Da possibilidade de ressarcimento frente à paternidade biológica. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Autocuratela: Mandato permanente relativo a questões patrimoniais para o caso de incapacidade superveniente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 24, p. 5-15, out.-nov. 2011.

COLARES, Marcos. *A sedução de ser feliz*: uma análise sociojurídica dos casamentos e separações. Brasília: Letraviva, 2000.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 341-375.

______. O termo inicial dos alimentos e a ação de investigação de paternidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 6, p. 50-56, 2000.

______. Referências sobre o contrato de união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos.* São Paulo: Método, 2005. vol. 4, p. 415-469.

______; DELGADO, Mário Luiz (coords.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009.

______; ______ (coords.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. São Paulo: Método, 2007.

COMEL, Denise Damo. A mitigação do processo civil no direito de família. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 66, p. 33-36, nov. 2015.

______. *Do poder familiar*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

______. *Paternidade responsável.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane, Araújo. (coords.) Temas contemporâneos de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CORSO, Diana. *Socorro, barata!* Disponível em: http://www.marioedianacorso.com/category/diana/zero-hora. Acesso em: 05 jan. 2015.

COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais*: reconhecimento jurídico. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 15-28.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. *Os limites da obrigação alimentar dos avós.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família* - Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113-154.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação.* São Paulo: Dialética, 1995.

DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

______. Divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, p. 627-677, 2015.

DIAS, Caroline Said. Execução de alimentos: a Lei n. 11.232 e as prestações alimentares. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, ano III, n. 13, p. 77-78, jun.-ago. 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, Luciano Souto; SOUZA, Talita Figueiredo. Alimentos avoengos: a obrigação conjunta dos avós paternos e maternos pela prestação alimentícia aos netos. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 62, p. 107-126, mar./abr. 2015.

______;NUNES, Izabela Boyher. Medidas processuais para combater as fraudes e simulações empresariais na partilha de bens. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 63, p. 61-74, mai./jun. 2015.

______; SOUZA, Figueiredo Talita. Alimentos avoengos: a obrigação conjunta dos avós paternos e maternos pela prestação alimentícia aos netos. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 62, p. 107-126, mar./abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

______. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

______. *Divórcio já!* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

______. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental:* realidades que a justiça insiste em não ver. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 153-185.

______. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

______. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

______.Separação de fato e corpos. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr. p. 80-93.

______.A cobrança dos alimentos no novo CPC. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1078/A+cobran%C3%A7a+dos+alimentos+no+novo+CPC. Acesso em 30 nov. 2015.

--- (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

______ (org.). *Direito das famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2009.

______; BASTOS, Eliene; MORAES, Naime Márcio Martins (coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

______; LARRATÉA, Roberta Vieira. O cumprimento da sentença e a execução de alimentos. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). *Execução civil e o cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. vol. 3, p. 485-506.

______; OPPERMANN, Marta Cauduro. Multiparentalidade: Uma realidade que a justiça começou a admitir. *Revista juris Plenum*. Caxias do Sul: Plenum, n. 65, p. 13-20, 2015.

DIAS, Rodrigo Bernardes. *Estado, sexo e direito*: reflexões acerca do processo histórico de reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos fundamentais. São Paulo: SRS, 2015.

DIDIER JR, Fredie. A participação das pessoas casadas no processo. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-participacao-das-pessoas-casadas-no-processo/. Acesso em: 30 nov. 2015.

______. A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil e o Enunciado n. 301 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, n. 25, p. 177-180, 2006.

______; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. vol. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

______*. Curso de direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 5.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável no novo Código Civil. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 45-64.

DIUANA, Solange; LADVOCAT, Cynthia. *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família.* São Paulo: Roca, 2014.

DOLINGER, Jacob. Direito civil internacional: a família no direito internacional privado - casamento e divórcio. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOMINGOS, Carla Hecht. O processo de adoção - Brasil (1988-2006). *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano VIII, n. 38, p. 38-63, out.-nov. 2006.

DONIZETTI, Elpídio. A EC 66/2010 e a sua repercussão no processo civil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *O novo divórcio no Brasil*: de acordo com a EC n. 66/2010. Salvador: JusPodivm, 2011.

DONOSO, Denis; SÁ, Renato Montans de. Penhora de bens por meio eletrônico. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. vol. 3, p. 147-174.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

______. *A guarda dos filhos na família em litígio*: uma interlocução da psicanálise com o direito. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DUARTE, Marcos. A *lex domicilii* e a convenção sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. *Revista Leis & Letras*, Brasília, ano II, n. 15, p. 32-35, 2008.

______. *Alienação parental*: restituição internacional de criança e abuso de direito de guarda. 2. ed. Fortaleza: Leis e Letras, 2014.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito.* Porto Alegre: Fabris, 2006.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (orgs.). *Leituras complementares de direito civil* - Direito das famílias. Salvador: JusPodivm, 2010.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista da Ajuris* - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ajuris, n. 52, p. 5-33, jul. 1991.

FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Ed. RT, 1995. vol. 2, p. 170-185.

______. Bem de família e o patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 681-691.

______. *Da paternidade, relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

______. *Prisão civil do devedor de alimentos no novo CPC*. Disponível em: http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/154745471/prisao-civil-do-devedor-de-alimentos-no-novo-cpc-artigo-do-professor-luiz-edson-fachin. Acesso em: 01.nov. 2015.

______. *Elementos críticos do direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

______. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do*

III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. *O novo CCB e a* vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

______. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

______. Famílias: entre o público e o privado. Problematizando especialidades à luz da fenomenologia paralática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 23, p. 5-14, ago.-set. 2011.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 133-150.

FALKAS, Melanie. O luto de uma separação. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise.* São Paulo: Imago, 2003. p. 365-370.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 247-273.

______. A prova ilícita no processo civil das famílias a partir do garantismo constitucional. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira.(coord.). Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 583-620.

______. A *disregard doctrine* a serviço da proteção do patrimônio familiar e sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 09, p. 125-128, abr.-maio 2009.

______. A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma questão constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 8, p. 39-51, jan.-mar. 2001.

______. A teoria da perda de uma chance aplicada no direito de família: utilizar com moderação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 07, p. 46-63, dez.-jan. 2009.

______. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 241-272.

______. Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

______. Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica de ponderação de interesses: o tempo é o senhor da razão. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29-55.

_____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 105-126.

______; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

______; ______. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

______; ______. Curso de Direito Civil: Famílias. 7.ª. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDEZ JÚNIOR, Enio Duarte. O rompimento do vinculo biológico derivado da adoção: a relatividade dos efeitos do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente como externalidade do direito fundamental da personalidade. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano XI, n. 61, p. 81-100, jan./fev. 2015.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*: filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2010.

FERREIRA, Alcionir Urcino Aires. O princípio da afetividade e a reparação civil por abandono paterno-filial. *Revista Consulex*, Brasília, ano XII, n. 272, p. 59-63, maio 2008.

FERREIRA, Cristiana Sanches Gomes. *Análise econômica do divórcio*: contributos da economia ao Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FERREIRA NETO, Ermiro. Interpretação telefônica no âmbito do direito das famílias: critérios de utilização à luz de uma interpretação constitucional do direito civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, p. 76-87, dez.-jan. 2011.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de*

Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 507-530.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Douglas Phillips. *A função sócio-jurídica do(a) amante.* Florianópolis: Conceito, 2008.

______. *Alimentos gravídicos*. 3. ed. Florianópolis: Forense, 2011.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Família monoparental. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coords.). *Direito civil*: direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006.

______. Filiação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito de família*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 190-205 (Direito Civil, vol. 7).

GAGLIANO, Pablo Stolze. A infidelidade na era da internet. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, p. A8, abr. 2011.

______. *Novo curso de direito civil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

______; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

______. Direitos da(o) amante. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11500/direitos-da-o-amante . Acessado em: 01 set. 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

______. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-382.

______. Alimentos e direito penal: o abandono material. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 295-324.

______. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 101-132.

______. *Direito de família brasileiro*. Introdução: Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

______. Separação de fato e ética no direito de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 73-100.

______; BARTHOLO, Bruno Paiva. Personalidade e capacidade jurídicas no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano VIII, n. 37, p. 27-41, ago.-set. 2006.

______; CASTRO, Diana Loureiro. A releitura do instituto da capacidade à luz da autonomia do idoso nas relações existenciais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 35-60.

GANDRA, Cristiane Giuriatti; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Critérios de aplicação do regime de participação final nos aquestos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos

de Oliveira (orgs.). *Problemas no direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 409-426.

GARBIN, Rosana Broglio. *Famílias monoparentais*: da visão singular ao modelo plural. A teoria e a prática dos saberes do cotidiano. Porto Alegre: Ajuris, 2005.

GATELLI, João Delciomar. *Adoção internacional de acordo com o novo Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2006.

GERBASE, Ana Brúsolo. Lidando com os conflitos em Direito de Família. In: PEREIRA JÚNIOR, Sylvio (org.). *Mestrado em Sistemas de Resolução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Sapere, 2015. p. 20-32.

GIMENEZ, Angela. A guarda compartilhada e a igualdade parental. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/995/A+guarda+compartilhada+e+a+igualdade+parental. Acesso em: 13 out. 2015.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Alimentos gravídicos. Disponível em: http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/169003/alimentos-gravidicos. Acesso em: 13 out. 2015.

______. *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

______. Notas sobre a adoção póstuma. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de *et al.* (coord.). *Infância em família*: um compromisso de todos. Porto Alegre: IBDFAM, 2004. p. 197-210.

______. O casamento avuncular. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, ano V, n. 27, p. 74-75, set.-out. 2006.

______. O direito de família e as provas ilícitas. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do*

direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 139-170.

GOBBO, Edenilza; NERILLO, Lucíola Fabrete Lopes. Intersecções necessárias entre o direito de família e o direito comercial: as quotas da sociedade limitada na dissolução do casamento, da união estável e na sucessão. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 27, p. 5-28, dez.-jan. 2005.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOLDIN, José Roberto. Bioética e família. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. *Casamento:* uma escuta além do Judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006. p. 539-543.

GOLDRAJCH, Daniele; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. A alienação parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano VIII, n. 37, p. 5-26, ago.-set. 2006.

GOMES, Orlando. *Direito de família.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. Regime de bens no Código Civil brasileiro vigente. *RT*, vol. 819, p. 11-22, jan. 2004.

GOZZO, Débora. Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil.* São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 137-159.

______. Decretação *ex officio* do casamento nulo. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 2, p. 43-58, jul.-set. 1999.

GRECCO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. *Revista Magister Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, vol. 6, p. 87-107, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. A curatela de filhos: uma tarefa compartilhada para uma integral proteção dos direitos fundamentais da pessoa portadora de deficiência. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 21, p. 5-18, abr.-maio 2011.

______. *Famílias reconstituídas* - Novas uniões depois das separações. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

______. *Guarda compartilhada*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

______. Será verdadeiramente plena a adoção unilateral? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 11, p. 31-45, out.-dez. 2001.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada - A tutela do poder familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 101-130.

______. Guarda Compartilhada e Relacionamento Familiar - Algumas Reflexões Necessárias. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/996/Guarda+Compartilhada+e+Relacionamento+Familiar+%E2%80%93+Algumas+Reflex%C3%B5es+Necess%C3%A1rias+. Acesso em: 13 out. 2015.

______. Responsabilidade solidária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 167-180.

GROSSMAN, Cecília; ALCORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental:* realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 33-60.

______. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 321-340.

______. Usucapião por abandono do lar conjugal: repercussões no direito de família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, p. 97-110, jun.-jul. 2012.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 363-377.

______. Obrigação alimentar na justiça federal. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 325-331.

GURGEL, Fernanda Pesanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva.* Curitiba: Juruá, 2009.

HENTZ, André Soares. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

______. Ética e hermenêutica. O papel do juiz na efetivação da justiça. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, São Paulo, n. 79, p. 28-36, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 27-97.

______. A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 155-166.

______. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan./fev. p. 55-69.

______. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar*: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afeto - um devaneio sobre a ética no Direito de Família. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, v. 1. p. 426.

______. *Direito civil*: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

______. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 1, p. 7-17, abr.-jun. 1999.

HOFFMAN, Paulo. Sobrevivência da exceção de pré-executividade na execução de título judicial e extrajudicial. In: BRUSHI,

Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. vol. 3, p. 555-564.

INDALENCIO, Maristela Nascimento. O termo de acordo extrajudicial de alimentos em prol da pessoa idosa, seu referendo pelo Ministério Público e aspectos de sua executividade: a possibilidade da prisão civil. *Revista Brasileira das Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, n. 05, p. 51-62, ago.-set. 2008.

IVANOV, Simone Orodeschi. *União estável*: regime patrimonial e direito intertemporal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JÚDICE, Lucas Pimenta. *Retrocesso da igualdade entre os cônjuges e companheiros.* Florianópolis: Conceito, 2009.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise.* São Paulo: Imago, 2003. p. 163-178.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente*: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

KYRIAKOS, Norma. Do namoro à união estável. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de (org.). *Casamento:* uma escuta além do Judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006. p. 119-140.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 8, t. I.

______. Execução de título extrajudicial e a segurança do juízo. *Revista Ajuris -* Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ajuris, n. 23, p. 7-15, jul. 1981.

______. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes.* 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz. In:______; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família:* novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

______. Guardar ou alienar - A síndrome da alienação parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 33-45, dez.-jan. 2012.

LEAL, Saul Tourinho. Direito à felicidade. Rio de Janeiro: ABDR, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Suzana Broges Viegas de. Separação de corpos: o exercício do direito de deixar o lar conjugal. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 323-340.

LIMA, Taisa Maria Macena. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 621-631.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 101-129.

______. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). *Direito de família*: processo, teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1, p. 101-116.

______. Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1079/Novo+CPC+n%C3%A3o+recriou+ou+restaurou+a+separa%C3%A7%C3%A3o+judicial%22. Acesso em: 16 nov. 2015.

______. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 136-156, jun.-jul. 2004.

______. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 5-17, out.-nov. 2004.

______. *Código Civil comentado*. Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

______. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes . Acesso em: 13 out. 2015.

______. Despatrimonialização do direito de família. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão*. São Luiz: TJMA, v. 5, n. 2, p. 29-40, jul.-dez. 2011.

______. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*.

Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano V, n. 19, p. 133-156, ago.-set. 2003.

______. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 177-189.

______. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

______. *Famílias.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

______. *Filiação e princípio da afetividade.* Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php. Acesso em: 13 out. 2015.

______. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula n. 301 no STJ. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 795-810.

______. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 11, p. 5-17, ago.-set. 2009.

______. Relações de família e direitos fundamentais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr. p. 9-22.

______. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, n. 05, p. 5-22, ago.-set. 2008.

LOMEU, Leandro Soares. Alimentos gravídicos avoengos. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/ index.php?n_link="revista_artigos_leitura&artigo_id=6117." Acesso em: 13 out. 2015.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos -* Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

______. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 275-285.

MACHADO, Bruno Mangini de Paula Machado. Da filiação e do reconhecimento dos filhos. In. GAGLIARDI, Rafael Villar; VENOSA, Sílvio de Salvo; NASSER, Paulo Magalhães (coords.). *10 anos do Código Civil*: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 743-776.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A verdade biológica e a verdade adotiva: a construção da identidade plena do filho adotado. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30, p. 35-66, out.-nov. 2012.

MADALENO, Rolf. A desigualdade conjugal do Código Civil. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira.(coord.). Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 737-752.

_______. Alimentos compensatórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 577-592.

______. Separações e anulações: culpa e responsabilidades ou fim da conjugalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.).

Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 598-623.

______. A companhia de capital fechado no direito de família. In: COUTO, Sergio; ______; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direito de família e sucessões.* Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2007. p. 341-362.

______. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 5-32, dez.-jan. 2012.

______. *A* disregard *e a sua efetivação no juízo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

______. A efetivação da *disregard* no juízo de família. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família .* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 155-190.

______. A execução de alimentos do relativamente incapaz. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. vol. 3, p. 681-700.

______. A execução de alimentos pela via da dignidade humana. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 233-262.

_______. A intributalidade da pensão alimentícia. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 11-34.

______. A retroatividade restritiva do contrato de convivência. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 33, 2005.

______. *Ações de direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

______. Alimentos processuais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 05, p. 23-50, ago.-set. 2008. p. 146-160, dez.-jan. 2006.

______. *Curso de direito de família.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

______. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil .* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 191-224.

______. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

______. O débito e o crédito conjugal. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise .* São Paulo: Imago, 2003. p. 195-204.

______. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151-169.

______. Paternidade alimentar. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (coord.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade .* Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 181-197.

______. Renúncia a alimentos. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 27, p. 146-160, dez.-jan. 2005.

______. Repensando o Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. *Alienação parental e sua síndrome*: aspectos psicológicos e jurídicos no exercício da guarda após a separação. Recife: Bagaço, 2010.

MALHEIROS, Antonio Carlos; CASABONA, Marcial Barreto. Da curatela. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 325-340.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias*: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

______. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil - Execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 3.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Adler, Regulação de casamentos e divórcios internacionais. Disponível em: http://adlerweb.blogspot.com.br/2011/09/regulacao-de-casamentos-e-divorcios.html. Acesso em: 13 out. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *RT*, vol. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Ação declaratória de união estável homossexual: possibilidade jurídica da pretensão. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, ano VIII, n. 39, p. 79-97, dez.-jan. 2007.

______. Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 69-102.

______. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 35-48.

______. *União entre pessoas do mesmo sexo*: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução .* São Paulo: Ed. RT, 2008.

MEIRELES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 391-402.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Maria Goretti Soares. *O direito de não ser mãe*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MIGUEL FILHO, Raduan. O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 811-819.

MICHEL, Voltaire de Freitas. Você me paga se não me amar - uma análise histórico-filosófica dos precedentes sobre abandono afetivo no Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun. p. 41-54.

MOLD, Cristian Fetter. Alienação parental - Reflexões sobre a Lei 12.318/2010. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 46-64, dez.-jan. 2012.

______. Casamento em virtude de coação: uma crítica ao art. 1.558 do novo Código Civil brasileiro. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 13, p. 28-29, jul.-dez. 2004.

______. Divórcio: passado, presente e futuro de um instituto em constante transformação. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65-90.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 32, p. 5-19, out.-nov. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 1960. vol. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 613-640.

______. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 805-831.

______. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

______. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-202.

______. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família .* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

______. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 31, p. 39-66, ago.-set. 2005.

______. Sobre o nome da pessoa humana*. Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 7, p. 38-59, out.-dez. 2000.

MOREIRA, Alberto Camiña. Parcelamento do art. 745-A: uma proposta do devedor. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (coords.). *Execução civil e cumprimento da sentença.* São Paulo: Método, 2009. vol. 3, p. 27-36.

MOSCHETA, Silvia Ozelame Rigo. Homoparentalidade: dupla maternidade/paternidade e a teoria do reconhecimento. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 299-310.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.* A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/ OAB-MG/Del Rey, 2000. p. 39-52.

______. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 591-602.

MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 27, p. 72-95, dez.-jan. 2005.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*: Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Forense, 2013. vol. 5.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NAMUR, Samir. Autonomia privada para a constituição da família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NERY, Nilson Guerra. *A infidelidade e o dano moral indenizável*. Recife: Bagaço, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de direito civil: família. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NICOLAU JR., Mauro. Coisa julgada ou DNA negativo: o que deve prevalecer? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 23, p. 113-159, dez.-jan. 2004.

______. *Paternidade e coisa julgada*: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

NUNES, Maria Terezinha. A integral proteção à criança e ao adolescente e a desigualdade na lei tributária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, p. 27-49, dez.-jan. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 277-339.

______. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 315-346.

______. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005.

______. Direito ao nome. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2004. vol. 2.

______. Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso*

Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 173-192.

______. Responsabilidade civil do incapaz - Busca pela harmonização do sistema. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 10, p. 85-97, jun.-jul. 2009.

______. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito de família*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 150-170 (Direito Civil, vol. 7).

______; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda compartilhada de filhos. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 32, p. 50-71, out.-nov. 2005.

PARODI, Ana Cecília; SANTOS, Clarice Ribeiro dos. *Inventário e rompimento conjugal por escritura:* praticando a Lei n. 11.441/2007. Campinas: Russell, 2007.

PASSOS, Anderson, O casamento no direito internacional. Disponível em: http://www.academia.edu/4878094/O_casamento_no_direito_internacional . Acesso em: 13 out. 2015.

PAULA, Adriano Perácio de. Divórcio e separação em cartório. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano III, n. 14, p. 7-8, mar. 2007.

PAULIN, Milson. Nascituro: aspectos registrais e notariais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação parental: identificação, tratamento e prevenção. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 19, p. 5-26, dez.-jan. 2011.

______. *Psicologia na prática jurídica* - A criança em foco. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

______. Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 09, p. 35-58, abr.-maio 2009.

______. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 10, p. 5-33, jun.-jul. 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rev. e atual. Tânia da Silva Pereira. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2010. vol. 5.

______*. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha*. União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 195-243.*

______. Limites do direito devem garantir autonomia privada sem ceder a moralismo. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-nov-29/processo-familiar-limites-direito-garantir-autonomia-privada-ceder-moralismo. Acesso em 30 nov. 2015.

______. Dicionário de direito das famílias e sucessões. São Paulo: Saraiva, 2015.

______. As novas estruturas parentais e conjugais. *Revista Consulex*, Brasília, ano XVII, n. 402, p. 36-37, out. 2013.

______. Barriga de aluguel: o corpo como capital. Disponível em https://www.ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+-corpo+como+capital+. Acesso em: 13 out. 2015.

______. *Código Civil da família anotado*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

______. *Comentários ao novo Código Civil*: da união estável, da tutela e da curatela. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. 20.

______. *Concubinato e união estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

______. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; ______ (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil .* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 257-275.

______. Direito, amor e sexualidade. In: ______ (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família .* A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000. p. 53-60.

______. *Direito de família :* uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

______. *Divórcio*: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

______. Estudos de direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

______. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil . Acesso em: 13 out. 2015.

______. O parto anônimo no direito brasileiro. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords.). *Escritos de direito das famílias*: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 184-197.

______. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; ______ (coords.). *Direito de família e psicanálise .* São Paulo: Imago, 2003. p. 219-228.

______. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 171-178.

______. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

______. Responsabilidade civil por abandono afetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 5-19, ago.-set. 2012.

______. Separação e ritos de passagem. In: GROENINGA, Giselle Câmara; ______ (coords.). *Direito de família e psicanálise .* São Paulo: Imago, 2003. p. 361-364.

______. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; ______ (coords.). *Alimentos no Código Civil .* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-20.

______. Todo gênero de louco - Uma questão de capacidade. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coords.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica.* Campinas: Millennium, 2002. p. 515-535.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos .* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

______. Alimentos na investigação de paternidade e na guarda compartilhada. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109-129.

______. Alteração do regime de bens: possibilidade de retroagir. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 23, p. 66-70, abr.-maio 2004.

______. *Direito de família*: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Observações sobre os regimes de bens e o novo Código Civil. *Revista da Ajuris* - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ajuris, n. 100, p. 347-364, dez. 2005.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e deveres nas relações familiares - Uma abordagem a partir da eficácia direta dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 509-555.

______. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 343-366.

______. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 27-100.

______. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 151-176.

______. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; ______ (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

______; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidades.* São Paulo: Atlas, 2009.

______; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar*: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Wilson Medeiros. Aplicabilidade da teoria da desconsideração invertida. *Revista MPMG Jurídico*, ano II, n. 10, p. 37-38, jul.-set. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos:* reflexões para o futuro, São Paulo, Abril, 1993, p. 75-81.

PIMENTEL, Silvia *et al. A figura/personagem mulher em processos de família*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Poligamia e uniões paralelas. In: DIAS, Maria Berenice; ______ (coords.). *Escritos de direito das famílias:* uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 55-74.

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade*: investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Fabris, 2005.

PINTO, Fernando Henrique. PLC n. 117/2013 - Guarda compartilhada - O que realmente muda. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1000/PLC+n%C2%BA+117%2F2013+-+Guarda+compartilhada%E2%80%93+O+que+realmente+muda . Acesso em: 30 nov. 2015.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o prisma da ética no novo Código Civil brasileiro. *Revista Bonijuris*, n. 545 p. 16-17, abr. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

______. *Temas de direitos humanos.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. A família nas relações privadas transnacionais: aportes metodológicos do direito internacional privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 855-897.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. I.

______. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. I, VII, XVIII e IX.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *Multiparentalidade*: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito, 2012.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/8911/a-lei-maria-da-penha-e-o-reconhecimento-legal-da-evolucao-do-conceito-de-familia. Acesso em: 13 out. 2015.

RANGEL, Rafael Calmon. Da cumulação de pedidos de divórcio, de reconhecimento de união estável e precedente ao casamento e de partilha do patrimônio. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões .* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30, p. 108-123, out.-nov. 2012.

______. Pedidos implícitos nas ações familistas. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões .* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun. p. 55-66.

REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REINHEIMER, Thiele Lopes. Homoparentalidade: uma questão de amor. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 313-318.

______; DIAS, Maria Berenice. *A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas*. COAD, Revista Seleções Jurídicas: Manipulação Genética: Bioética e biodireito na reprodução assistida, abril, 2012, p. 30-33.

______; ______. Da violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos. In: Campos, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha*: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 195-200.

REIS, Clayton; SIMÕES, Fernanda Martins. As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira. *Revista Juris Plenun*, Caxias do Sul, ano VIII, n. 46, p. 21-36, jul. 2012.

RESENDE, Nara Rubia Alves de. Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 21, p. 5-32, nov.-dez. 2003.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos para o nascituro*: tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

______. Prazo para impugnar a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 13, p. 24-41, abr.-jun. 2002.

RODRIGUES, Lia Palazzo. Algumas considerações sobre o direito de família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 189-210.

RODRIGUES, Osvaldo Peregrina. A pessoa idosa e sua convivência em família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 395-439.

______. Estatuto do Idoso: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 771-794.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito de família. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 6.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Amante virtual*: (in)consequências no direito de família e penal. Florianópolis: Habitus, 2001.

______. *Direito infracional*: garantismo, psicanálise e movimento antiterror. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços*: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2015/09/28/a-tomada-de-decisao-apoiada/. Acesso em: 13 out. 2015.

______. O ilícito omisso parental: As três travessias. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago. p. 43-80.

______. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 731-800.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial no princípio da convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 09, p. 5-24, abr.-maio 2009.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

______. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 193-222.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e o biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias*: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Caio Augusto Silva dos; BAHIA, Cláudio José Amaral. Da possibilidade de adoção após o falecimento do adotante sem que este tenha iniciado o procedimento judicial. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 465-493.

SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o "novo" regime de cumprimento da sentença. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Anuário de produção intelectual de 2006 .* Curitiba: Arruda Alvim e Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica, 2006. p. 17-42.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 183-210.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 211-221.

______. A obrigação alimentar na perspectiva ética. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-27.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais*: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

______. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV*

Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 125-144.

SILVA, Cláudia Maria Teixeira da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 25, p. 122-147, ago.-set. 2004.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do processo civil*: comentários às Leis 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 7.2.2006; e 11.280, de 16.2.2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

______; ______; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A nova execução de títulos executivos extrajudiciais*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SILVA, João Teodoro da. Poder familiar: emancipação de menor pelos pais e o art. 1.631 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 144-158, out.-nov. 2004.

SILVA, Marcos Alves da. Nome da mulher - Um estudo na perspectiva dos direitos da personalidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 9, p. 21-38, abr.-jun. 2001.

SILVA, Paulo Lins e. Da nulidade e da anulação do casamento. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil .* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 35-72.

______. O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Família e

cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 353-363.

______. O direito intertemporal no novo Código Civil. Casamento. Dissolução. Filiação e união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família .* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 491-503.

SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2006. vol. 5.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

SILVA JR., Enézio de Deus. *A possibilidade de adoção por casais homossexuais*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SIMÃO, José Fernando. Afetividade e parentalidade. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v.1. jan./fev. p. 35-53.

_____. Aspectos controvertidos dos regimes de bens. In: NOVAES, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (coords.). *Direito da família e das sucessões* - Temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

______. Comunhão parcial de bens e previdência privada: mear ou não mear, eis a questão! Disponível em: http://www.professor-simao.com.br/artigos_simao_cf0409.html. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. Casamento avuncular homoafetivo? Casamento entre tios e sobrinhos. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/

conteudo/colunas/casamento-avuncular-homoafetivo--casamentos-entre-tios-e-sobrinhos/12387. Acesso em: 13 out. 2015.

SIMÃO, Peterson Barroso. Os profissionais jurídicos no litígio de família. *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 52, p. 38-39, nov. 2004.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Temas de direito e processo de família e sucessões*. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade.* 11. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. A emancipação decorrente da união estável: uma possibilidade jurídica. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 38-52 ago.-set. 2012.

______. Redesenhando os contornos do direito de filiação: a incidência do afeto na composição da família contemporânea. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 3. mai./jun. p. 11-22.

SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no direito de família*. São Paulo: IOB-Thomson, 2004.

______. Direito dos avós. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, ano XIII, n. 25, p. 65-76, dez.-jan. 2012.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A (im)possibilidade da concessão da pensão por morte para o companheiro da união estável paralela consentida. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, n. 63. p. 70-97, nov-dez 2014.

______. Novos diálogos do direito de família. São Luís: Edufma, 2014.

SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de. Avanços na trajetória da feminilidade: o que está na lei, o que está acima da lei. In: ______ (coord.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade.* Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 27-40.

______; AZAMBUJA, Maria Regina Fay. Parto Anônimo - Uma omissão que não protege. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto Alegre: IBDFAM; Magister: Belo Horizonte, n. 4, 2008.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Alimentos provisionais, alimentos provisórios, alimentos compensatórios: diferenças existentes. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, ano VIII, n. 48, p. 5-27, maio-jun. 2012.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação*: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra mulher*: Lei Maria da Penha 11.340/06, comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais. Curitiba: Juruá, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Alimentos*: da ação à execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

______; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família.* Exceção de pré-executividade do débito alimentar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEIN, Thais Silveira. O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 557-590.

STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. As famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos jurídicos. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 6. nov./dez. p. 111-128.

TARTUCE, Fernanda. A ampliação da noção de paternidade e sua prova no processo. In: CARVALHO NETO, Inácio (coord.). *Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 367-400.

______. Processos judiciais e administrativos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 901-1006.

______. Alimentos indevidos: exoneração e repetição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 09, p. 101-124, abr.-maio 2009.

______. *Processo civil aplicado ao direito de família.* São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. O princípio da solidariedade e algumas de suas aplicações ao direito de família - Abandono afetivo e alimentos.

Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30. p. 5-34, out.-nov. 2012.

______. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 505-572.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência psíquica e curatela: reflexos sob o viés da autonomia privada. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 07, p. 64-79, dez.-jan. 2009.

______. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 32, p. 138-158, out.-nov. 2005.

______. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

______; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 26, p. 18-34, out.-nov. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 475-501.

______. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 305-322.

______. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto

Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 02, p. 5-21, fev.-mar. 2008.

______. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: ______ (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 547-577.

______. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 191-206.

______. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. *Famílias monoparentais.* Campinas: Millennium, 2011.

THEODORO JR., Humberto*. As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

______. *Curso de direito processual civil.* 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. vol. 1.

TREMEL, Rosângela. Princípio da proibição do retrocesso: sua importância e necessidade de ampliação do *entrenchment* para proteção dos hipossuficientes. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL de Fato e de Direito.* Palhoça: Unisul, ano 2, n. 4, p. 109-120, jan-jun. 2012.

TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. A interface entre o direito de família, direito registral e notarial. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 677-685.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental*: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 21-32.

USTÁRROZ, Daniel; BARTH, Isadora; CORRÊA, Manoela. A Controversa tutela jurídica da adoção à brasileira (Comentários ao julgamento do HC 274.845/SP). *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária.* São Paulo: Síntese, ano 62, n. 437, p. 45-67, mar. 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*. Da possibilidade jurídica do casamento civil. Da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

VALENTE, Célia (org.). *Um olhar sobre a família*: trajetória e desafios de uma ONG. São Paulo: Âncora, 2004.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano* in vitro *na era da biotecnologia.* São Paulo: Atlas, 2006.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 423-471.

______. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 17.

______. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil* - Arts. 1.º a 6.º. 2. ed. Belém: UNAMA, 2005.

______. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

______. Novo casamento do cônjuge ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 23, p. 37-54, abr.-maio 2004.

______. O novo divórcio e o que restou do passado. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/661/O+Novo+Div%C3%B3rcio+e+o+Que+Restou+do+Passado. Acesso em: 13 out. 2015.

VELLOSO, Andrei Pitten. Tributação da família. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, p. B12, abr. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 133-190.

______. Aplicação do direito. Perfil dos novos aplicadores; em especial, o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade*: Teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 417-428.

______. Contratos afetivos: o temor do amor. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre, Magister, ano VIII, v. 44. p. 82-84, set.-out. 2011.

______. *Direito civil*: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENTURELLI, Camila de Camargo Silva. Força e fragilidade da mulher no direito: *feminist jurisprudence* (feminismo jurídico) e seus reflexos no direito de família brasileiro. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos de Oliveira (orgs.). *Problemas no direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 259-274.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ALMEIDA, Beatriz Ferreira de; MACHADO, Elton. As novas perspectivas jurídicas para as

uniões simultâneas: uma análise das principais consequências de seu possível reconhecimento como entidades familiares. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 2. mar./abr. p. 64-79.

_________. Reflexões sobre a epistemologia da monogamia. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, v. 4. jul./ago. p. 81-102.

VIANA, Marco Aurélio da S. *Da união estável.* São Paulo: Saraiva, 1999.

VIEIRA, Claudia Stein. Do casamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (coords.). *Direito de família*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 34-50 (Direito Civil, vol. 7).

VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). Minorias Sexuais: Direitos e preconceitos. Brasília: Consulex, 2012.

VILAS-BOAS, Renata Malta; BRUNO, Susana de Moraes Spencer. (orgs.) Novas tendências do direito das famílias. v. 1. Brasília: Editora Kiron, 2015.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, set. 1994.

______. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, separata, Belo Horizonte, n. 21, maio 1979.

______. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 2, p. 121-132, jul.-set. 1999.

______. Procriação, paternidade e alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 131-146.

______. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 15-30.

______. Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo? *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte, n. 2, p. 11-12, abr. 1998.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Direito de família*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WALLERSTEIN, Judith S.; BLAKESLEE, Sandra. *Sonhos e realidade no divórcio.* São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J, CPC (inserido pela Lei 11.232/2005). *Anuário de Produção Intelectual de 2006.* Curitiba: Arruda Alvim e Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica, 2006. p. 125-131.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 16.)

______. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: Ed. RT, 2003.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Universos paralelos e danos de amor: balizas para a responsabilidade civil no âmbito das relações simultâneas conjugais. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto

Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 23, p. 65-83, ago.-set. 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

______. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2010.

______. Dano moral na separação judicial, divórcio e união estável. *RT*, n. 775, p. 128-135, maio 2000.

______. Família homoafetiva: limites constitucionais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 02, p. 69-86, fev.-mar. 2008.

______. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 14, p. 128-163, jul.-set. 2002.

______. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: ______; MADALENO, Rolf (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-86.

______. Investigação de paternidade: legitimidade passiva na ação. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 2, p. 27-36, jul.-set. 1999.

______. Investigação de paternidade socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 6, p. 50-53, jul.-set. 2000.

______. Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Alimentos no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 191-232.

______. *Teoria tridimensional do direito de família.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

XAVIER, Fernanda Dias. Questões processuais acerca da união estável. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 163-183.

YARSHEL, Flávio Luiz. Antecipação da partilha de bens nos processos de separação ou divórcio. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, ano I, n. 3, p. A4, jun. 2009.

ZANELLATO, Ezequiel Paulo. O afeto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal. *Revista da Ajuris* - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ajuris, n. 99, p. 94-105, set. 2005.

ZEBULUM, José Carlos. Responsabilidade civil indireta. *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 46-49, dez. 2004.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Novas tendências do bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OBRAS DA AUTORA

Manual das sucessões. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Lei Maria da Penha. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

Alimentos aos bocados. São Paulo: Ed. RT, 2013.

Divórcio já! 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

Conversando sobre... alimentos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Conversando sobre... a mulher e seus direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Conversando sobre... família e o novo Código Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Conversando sobre... homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Conversando sobre... justiça e os crimes contra a mulher. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Conversando sobre... o direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Homoafetividade: o que diz a justiça! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

O terceiro no processo. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

COORDENAÇÃO DE OBRAS COLETIVAS

Multiplicidade e direito: as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos selecionados. Coordenado conjuntamente com Rosângela da Silveira Toledo Novaes e Camila Paese Fedrigo. Bento Gonçalves: Associação Refletindo o Direito, 2015.

Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Afeto e estruturas familiares. Coordenado conjuntamente com Eliene Ferreira Bastos e Naime Márcio Martins Moraes. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

Direito das Famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo/Porto Alegre: Ed. RT/IBDFAM, 2009.

Escritos de Direitos das Famílias: *uma perspectiva luso-brasileira*. Coordenado conjuntamente com Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008.

A família além dos mitos. Coordenado conjuntamente com Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.

Direito de Família e o Novo Código Civil. 4 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.